DISSERTATIONE IVRIDICA,
ARGVMENTVM
DE

IVRE

EX

PACTO TERTII QVAESITO

IN REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE
DOMINO
IVSTO HENNINGIO BOEHMERO
ICTO
POTENTISSIMI REGIS PORVSSIAE CONSILIARIO INTIMO
MAGDEBVRGICI DVCATVS CANCELLARIO,
ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORE,
PROFESSORE IVRIS PRIMARIO,
ET IVRECONSVLTORVM ORDINIS PRAESIDE,
D. IV. IVLII MDCCXXXV.
H. L. Q. C.
PVBLICAE DISQVISITIONI VENTILANDVM
PROPONET
FRANCISCVS ANTON. LVDOVICI
WESTPHALO - BRACVL.
LEG. CVLT.

HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI.
RECVSA MDCCLX.

DISPVTATIO IVRIDICA

DE

IVRE

EX

PACTO TERTII QVAESITO.

CAPVT I.

DE

IVRIS ROMANI SENTENTIA IN HOC ARGVMENTO.

§. I.

ICti Romani ius naturae in ſuis deciſionibus ſecuti.

Haec praecipua ICtorum Romanorum laus et gloria eſt, quod *rectam rationem* ſeu *principia iuris naturae* ſolidisſima in ſuis deciſionibus nunquam, aut raro dereliquerint, ſed iurisprudentiam hoc lumine magnopere illuſtrarint. Id quod licet per vniuerſam iurisprudentiam ſeſe diffundat, atque radios ſuos ſpargat; potisſimum tamen in *negotiis iuris gentium*, quibus maxime vitae ſocietas

continetur, sese exserit, vt segetem amplissimam *iuris-prudentiae naturalis* inde colligere liceat. Sed negari nequit, varia iuris Romani fuisse fata, et ICtorum antiquorum a recentiorum, maxime qui a tempore CICERONIS floruerunt, diuersissima studia, ingenia, et iudicia, vt si *hos* cum *illis* comparaueris, facile his gloriam restitutae, et ad humanitatem aequitatemque traductae iurisprudentiae demum attribuere, et quasi propriam dicare possis. Illi etenim, legibus duodecim tabb. latis, dum *interpretatione* ius ciuile illuminare voluerunt, rixis et disputationibus forensibus forum impleuerunt, sed necessariis praesidiis *philosophiae moralis*, et *iuris naturalis prudentiae* destituti sententias ab aequitate magnopere remotas propugnarunt, propugnatas autoritate sua corroborarunt, effeceruntque, vt post multas varietates in vsum constantem, et certum tandem deducerentur. Ex his sententiis, vsu forensi confirmatis, noua *iuris ciuilis* principia seu *regulae* sub nomine communi *iuris ciuilis* composita sunt, et *sine scripto* assumta, probataque, vt auctor est POMPONIVS in *l.* 2. §. 5. *de orig. iur.* Nec improbabile est, in titulum, *de diuersis regulis iuris antiqui*, vt rubrica designat, potiorem eius partem fuisse coniectam, vt felicem interpretem earum agere nequeat, nisi qui *iuris antiqui ciuilis* notitia pleniori instructus fuerit. Notauit suo tempore atro carbone hunc ICtorum antiquorum naeuum CICERO, et *orat. pro Muraena* ait: *Cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea ICtorum ingeniis pleraque corrupta et deprauata sunt.* Alibi expressius duritiem harum *regularum forensium* designat, et *ICti*, ait, *in omni iure ciuili aequitatem reliquerunt, verba ipsa retinuerunt*, quo ipso ostendit,

Non adeo qui ante Ciceronem vixere.

Iuris ciuilis stricti dicti autores

dit, interpretationem *per aequitatem* ab iis magnopere fuisse neglectam, atque eo tempore iurisprudentiam fuisse *tristem*, *asperam*, et *tenebricosam*, quae per plures annos, imo per aliquot secula regnauit. Laetiorem accepit faciem, ex quo Praetores in emollienda eiusdem duritie solliciti fuere, quamuis, vti res ipsa docet, integritatem eiusdem haud restituerint *in vniuersum*. Hanc demum *sub imperatoribus* recepit ius ciuile, postquam aequitatem a legibus nunquam seiungendam esse constituerunt tum Imperatores, tum ICti, adeo vt eorum dogmata cum iuris naturae placitis sedulo conspirent, atque consentiant, prout recte censet BOECLERVS *in comm. ad Grot. de iur. bell. et pac. in proleg.* §. 53.

per praetores emendati. et imperatores.

§. II.

Quae generatim de vario iurisprudentiae nostrae statu allata sunt, optime illustrari posse arbitror ex argumento, quod in praesenti dissertatione exponere, atque excutere lubuit, atque *de iure quaesito ex pacto tertii* agit. Huius qui fundamenta *iuris antiqui* euoluit, ea quidem aspera, dura, et tristia esse facile iudicabit, fundata in hac regula: *nemo alteri stipulari vel pacisci potest*, seu nemo ex suo pacto alteri ius perfectum acquirere potest, quo nihil magis ab *aequitate* remotum dici potest. Quod si iuris praetorii edicta perlustramus, obligatio ex pacto tertii in pluribus articulis restituta, sed angustioribus adhuc inclusa est limitibus. Denique si interpretationem prudentum *sub Imperatoribus* intuemur, emendatam, et nouo quasi lumine illustratam hoc in themate offendimus iurisprudentiam, vt *antiqui iuris* regula fere deferbuisse, et exaruisse, ac vsus eius vel rarior vel nullus superesse

Demonstratur id ipsum ex praesenti argumento,

 videatur

cuius tria interualla ostendenda.

videatur. Quae cum ita ſint, palam eſt, argumentum hoc per tria temporum interualla ſedula cura explicandum, atque eo annitendum esſe, vt inquiramus (1) quae fuerit ſententia vera iuris huius antiqui? quae ratio? quis vſus? (2) quatenus edicta Praetorum illud emollierunt, et ad aequitatem reduxerunt? (3) quid denique eidem noua ICtorum interpretatione et Imperatorum conſtitutionibus additum? qua noua gratia et humanitate emendatum, et perpolitum fuerit? vt fere regulam inuertere et asſerere posſis: *quilibet valide alteri paciſcitur*, ſeu quod idem eſt, *ex pacto tertii regulariter quilibet ius perfectum acquirere poteſt.* Id quod quidem *capite primo* expediendum mihi eſt; in eo tamen non ſubſiſtam, ſed *in altero capite* etiam Germanorum antiquum ius in hac materia ex eiusdem fontibus eruere, et praeſentem eius vſum oſtendere, atque contra fluctuantium interpretum ſententiam tueri, conabor.

§. III.

Status controuerſiae accurate formatur.

Vt vero ſtatus controuerſiae recte formetur, ſciendum eſt, (1) ſub *pacto tertii* generatim comprehendi qualemcunque *contractum*, et *conuentionem*, adeoque vocem praedictam in hoc argumento in ſenſu ſpecifico et ſtricto haud capi; non tantum enim in materia *pactorum*, ſed etiam *ſtipulationum* potisſimum regula antiqua vſi ſunt ICti. (2) Pactum *tertii* de pluribus ſubiectis praedicari posſe, quae commode tamen in tres clasſes diuidi posſunt, quarum prior comprehendit eos, qui *mandato* inſtructi ſunt, et ex voluntate *expresſa* vel *praeſumpta* dominorum agunt, quales ſunt procuratores, actores, ſyndici, inſtitores, magiſtri nauis, liberi et ſerui in peculio

vel

vel ex iussu patris vel domini contrahentes, qui non sibi sed aliorum intuitu agunt. Altera classis eos designat, qui *nomine alterius* agunt ex legum et magistratuum praepositione, vt sunt tutores curatoresque. Denique vltima ad eos pertinet, qui in vtilitatem, et commodum tertii contrahunt, sed sine huius praecedente mandato expresso, quamuis *praesumtum* deesse non videatur, vt sunt *negotiorum gestores*, et qui in *rem tertii* versum probare possunt. (3) De *iure quaesito* hic agi seu *facultate* per tertii pactum quaesita, non de *obligatione* ex pacto alterius producta in eo, qui haud pactus est; quamuis quod inficias ire nequeam, etiam grauia obstacula in iure supersint, quatenus quis ex contractu tertii constringi et efficaciter ex eo conueniri queat, vt iuris antiqui regula etiam fuerit: *nemo ex contractu alterius obligatur*, pari passu cum altera ambulans: *nemo alteri ex contractu acquirit*, vt etiam illius regulae non penitus negligenda sit ratio. Denique (4) *ius quaesitum* denotat *ius perfectum*, ex quo facultas agendi efficax nascitur. Neque enim negabant Romani vnquam, aut dubitabant, quin ex pacto tertii *ius imperfectum* nasci posset, adeo vt qui fidem datam non impleret, *honestatis* vincula soluisse dicendus foret, vtpote qui mihi promisisset, se Titio in angustis rebus et squalore carceris constituto daturum decem. Qui promissum reuocabat, eum peccasse contra *regulas honestatis*, quilibet facile concedebat; sed an contra *regulas iustitiae?* id erat, de quo in foro contendebant tristiori iurisprudentiae dediti, *et in antiquis regulis forensibus* vnice sese volutantes, aequitatemque a iure ciuili seiungentes.

§. IV.

§. IV.

Sententia iuris naturae ante omnia hic eruenda

Exposui *statum controuersiae*, vt inoffenso pede in hoc argumento progredi liceret. Magnum vero sine dubio ad illustrationem eiusdem accedet emolumentum commodumque, si sententiam *iuris naturae* antea praemiserim et ostenderim, secundum eius principia omnino alteri *ius perfectum* ex *contractu tertii* acquiri posse.

cuius principium praemittitur.

Quod vt demonstrem, praemittendum est, (1) Deum inter homines in vniuersum *vinculum* aliquod *naturale*, quod FLORENTINVS *cognationem naturalem* in *l. 3. de I. et I.* alii *societatem* vocant, constituisse, vt inter se pacifice et amice agant, conspirent, et tanquam membra *vnius corporis* concordiam mutuam seruent. Hoc recta ratio docet, quae omnia homini agenda inculcat, quae eius felicitatem promouent, et *perfectiorem statum* reddunt. Hoc principium agnouere ipsi gentiles, recta ratione ducti concludentes, *homines agere ciues ciuitatis supremae, cuius reliquae ciuitates quasi familiae existant*, vt ait M. AVREL. ANTON. *lib. III. de rebus suis §. 11.* Neruose admodum SENECA *epist. VII. Omne hoc, quod vides, quo diuina et humana conclusa sunt, membra sumus corporis magni: natura nos cognatos edidit, cum eisdem, et in eadem gigneret.* Inde vero colligit. *Haec amorem nobis indidit mutuum, et sociabiles fecit, illa aequum iustumque composuit: ex illius constitutione miserius est nocere, quam laedi.* Imo CICERO *lib. 1. de offic. c. 7.* hoc principium esse latissimum ait, seu, vt eius verbis vtar, *latissime patere eam rationem, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur.*

ex quo conclusiones formantur.

Inde vero recte colligit *c. 5.* (1) hanc sancte coli et obseruari

ri

ri *in tribuendo suum cuique*, *et rerum contractarum* FIDE, quae, vt ait, *c.* 7. fundamentum iustitiae, i. e. *dictorum, conuentorumque constantia atque veritas*, sine qua haec communis et naturalis societas conseruari nequit: (2) nos non nobis solum natos esse, sed tum patriae, tum aliis. Ita censuit recte et rationes ex principio adducto subduxit IDEM *lib. 1. offic. c.* 7. aiendo: *quae in terris gignuntur, ad vsum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, vt ipsi inter se alii aliis prodesse possent. In hoc*, pergit, *naturam debemus ducem sequi, et communes vtilitates in medium afferre, mutatione officiorum dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus deuincire hominum inter homines societatem.* Denique *lib. III. c.* 12. *offic.* idem repetit, et, *quemlibet hominibus consulere ac seruire humanae societati debere, eaque lege natum esse*, ait. (3) Inde porro collegit sapientissimus Imperator ANTONINVS *cit. l. lib. III.* §. 4. quemlibet quorumuis curam gerere debere. Ait: *Meminit cognatum rationale esse omne, et naturae rationem ab vnoquoque exigere, vt hominum quorumuis curam habeat.*

§. V.

Haec *socialitatis rationalis* principia, quae quoscunque homines inter se et nexu conglutinant naturali: quae monstrant, quemlibet etiam alterius causa natum, et curam, amoremque erga proximum commendant et inculcant, simul euincunt, in commodum et vtilitatem tertii etiam valide contrahi, pactumque iniri posse. Cum enim promissum obliget ideo, quod ab altero *acceptatum* sit, et ex ea *acceptatione* ius perfectum, ab altero pro- **Ex hoc principio fluit, ius ex pacto tertii acquiri posse.**

B missum

missum exigendi, acquisiuerit, et sine promissi acceptati implemento *fides humana*, solidissimum illud humani generis ligamen, iustitiae quae fulcrum certissimum, conseruari nequeat, consequens est, promissum, quod non tantum in *proprium*, sed etiam in *alterius* commodum et vsum vergit, sancte seruandum, nec promissori integrum esse, ab eo recedere. Hoc vero vt impetretur, effectumque habeat, praeterea necesse est, vt non tantum *stipulanti*, sed etiam *tertio*, in cuius vtilitatem pactum initum est, ius perfectum acquiratur, idque etiam ex voluntate et intentione praesumta paciscentium, qui id egisse videntur, vt *tertio* ius efficax, perfectumque acquiratur, ne alioquin actum inanem, et rem sine effectu egisse censeantur. Quid vero impediret, quo minus ius perfectum in tertium ex *voluntate paciscentium* acquiri posset, cuius nomine promissum a compaciscente acceptatum esse constat? *nihil enim tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, vel promittentis, volentis rem suam, vel ius perfectum in alium transferre, ratam haberi*, vt recte rationes subduxit Imperator in §. *40. l. de rer. diu.* Accedit, quod is, qui rem alterius etiam sine mandato egit, ex sua gestione ei se obstringat, cuius commodum quaesiuit, et consequenter eius intersit, vt tertio, cuius gessit negotia, ius erga promissorem acquiratur, idque ex aequo et bono, vt etiam leges Romanae agnouere. *l. 2. D. de neg. gest.*

§. VI.

Sententia Grotii examinatur.

Iuris naturalis interpretes in hoc argumento quodammodo inter se discrepant, nec in eandem concurrunt sententiam. GROTIVS *de I. B. et P. lib. II. C. XI. §. 18.* distin-

diſtinguit *inter promisſionem mihi factam de re alteri danda, et inter promisſionem in ipſius nomen collatam, cui res danda eſt. Si mihi*, pergit, *facta eſt promisſio, omisſa inſpectione, an mea priuatim interſit, quam introduxit ius Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti ius dari, efficiendi, vt ad alterum ius perueniat, ſi et is acceptet, ita vt medio tempore a promisſore promisſio reuocari non posſit, ſed ego cui facta eſt promisſio, eam posſim remittere. Nam is ſenſus iuri naturae non repugnat, et verbis talis promisſionis maxime congruit, neque nihil mea intereſt, ſi per me alter beneficium acquirat.* Sub incudem reuocabo hoc diſtinctionis membrum, antequam ad ſecundum progrediar. Praemitto vero, 1) GROTIVM vnice de obligatione *dandi* ſollicitum eſſe, cum tamen aeque *obligatio faciendi* in cenſum veniat. Quid enim, ſi amici mei, cuius ſalus mihi curae cordique eſt, voluntatem cognitam, exploratamque *generaliter* habens vxorem prouidam, probamque ducendi, eo abſente, et ignorante forte fortuna in amicitiam cum Lucio deueniam, et de matrimonio inter filiam eius, et amici mei ineundo conſilia agitem, et tandem tum Lucium, tum eius filiam Luciliam inducam, vt in futuras nuptias cum amico meo ineundas conſentiant, et hunc in finem pure mihi fidem dent, egoque promisſum hoc ſimpliciter acceptem, vtpote menti eiusdem praeſumtiuae conforme, quid cenſendum de efficacia huius pacti? Quod enim iuris eſt de *obligatione dandi*, videtur etiam iuris eſſe de *obligatione faciendi.* 2) Deciſionem ipſam quod concernit, ſi mihi per *acceptationem* ius datur, efficiendi, vt ad alterum ius perueniat, ſi et is conſentit; ſimul efficaciter volo, intendo, eaque neceſſario mente eſſe debeo,

De acceptato promisſo vt alteri detur vel fiat.

vt alter ſtatim me interueniente ius *euentualiter* acquirat, ſi is meum factum ratum habeat. Qui enim vult finem, velle etiam cenſetur media, fini conſequendo idonea. Neque enim ratio ſufficiens ſuppeditari poteſt, quare nolit mihi ſtatim ius acquiri, qui ſuo pacto mihi prodeſſe, ſibique ius acquirere voluit efficiendi, vt ad me ius perueniat. Naturaliter vero ad hoc ſufficit voluntas ſtipulantis, cum probabiliter credat, alterum voluntatem ſuam ad hoc pactum accommodaturum eſſe. Inde vero fluit, α) medio tempore, i. e. antequam tertii conſenſus acceſſerit, illud promiſſum a ſtipulatore citra iniuriam tertii remitti non poſſe, cui *euentualiter* ius acquirere volui: β) promittentem a ſuo promiſſo medio tempore recedere non poſſe. De altero membro ita cenſet GROTIVS: *Quod ſi promiſſio in nomen eius collata eſt, cui danda res eſt, diſtinguendum eſt: an is, qui acceptat, aut ſpeciale mandatum habeat acceptandi, aut ita generale, vt talis acceptatio ei incluſa cenſeri debeat: an vero non habeat? Vbi mandatum tale anteceſſit, diſtinguendum vltra non puto, ſitne perſona ſui iuris nec ne? quod Romanae leges volunt, ſed plane ex tali acceptatione promiſſionem perfici, quia conſenſus poteſt et per miniſtrum interponi et ſignificari. Velle enim cenſeor, quod in alterius voluntatem poſui, ſi et ille velit.* In hoc facile conſentio cum GROTIO, cuius rationibus etiam addo, reuera meam *acceptationem* in ipſo *mandato* in anteceſſum contineri, cum parum interſit, vtrum ex *poſt facto* id, quod mei intuitu promiſſum eſt, acceptem, an vero *anteuertam* acceptationem, et me declarem conſenſurum in id, quod mandatarius meus cum tertio in meum commo-

Alter caſus Grotii examinatur ſi promiſſio in nomen tertii collata.

modum acturus est. Alterum membrum casum *deficientis mandati* tangit. *Deficiente autem mandato*, pergit, *si alius, cui promissio facta non est, acceptat volente promissore, tunc is erit effectus, vt promissori revocare promissionem non liceat, antequam is, quem spectat promissio, eam ratam habuerit, aut irritam: sic tamen vt medio illo tempore, is qui acceptauit, remittere promissum non possit, quia hic non adhibitus est, ad ius aliquod accipiendum, sed ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio: ita vt promissor ipse si reuocet, faciat contra fidem, non contra ius proprium alicuius.* Paulo obscurius designauit duo subiecta, tum *stipulatoris*, qui promissionem in nomen tertii contulit, tum *tertii*, in cuius vsum pactum initum. Prius subiectum designauit his verbis: *si alius, cui promissio facta non est, acceptet volente promissore*, nomine *tertii* scilicet, arbitrando, in membro adducto nihil promitti paciscenti nomine tertii, sed tantum *tertio*, cuius nomine acceptatio facta, in quo rursus dissentire cogor. Qui pactum init et illud *in nomen tertii* confert citra mandatum, veluti: *promittisne te Titio bibliothecam tuam post mortem restituturum esse?* vtrumque intendit, vt et *sibi* acquirat ius, promissorem efficaciter adstringendi: et *Titio*, in cuius nomen concepta promissio; parum enim refert, vtrum promissor dicat, *promitto Tibi, me Titio post meam mortem bibliothecam daturum esse*: an vero: *promitto Titio amico tuo, te acceptante, me eidem bibliothecam meam, vbi decessero, daturum esse*; nam dum acceptat hoc promissum, vtrumque ex communi hominum sensu intendere videtur, tum vt *sibi*, tum etiam vt *tertio*

Et deficiat mandatum.

ius acquirat, ideo enim pactum init: ideo promissum acceptat, quod alterum efficaciter obstringere velit, pro quo fine obtinendo vtrumque necessarium est. Neque contradictione carere videtur ratio Grotiana: *quia hic non adhibitus est ad ius aliquod accipiendum, sed ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio.* Si enim adhibitus est, *ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio*, ius omnino acquirere debuit, mediante quo adstringere queat fidem promissoris in dando beneficio, adeoque hic casus a priori non adeo differt, nisi quod hic *explicite* promissio in nomen tertii collata, in *priori* autem casu magis *implicite.* Denique GROTIVS *in* §. *seq.* 19. etiam eum casum tangit, si onus adiectum est pacto *in fauorem tertii*, vtpote si dono cuidam fundum, vt sine liberis decedens eum reddat fratri donatoris, quaeritur: vtrum hoc onus reuocari possit, antequam a tertio acceptatum fuerit? ait GROTIVS: *onus autem in commodum tertii adiectum promissioni reuocari poterit*, (ab adiiciente) *quamdiu a tertio acceptatum non erit.* Hic casus a priori, vbi tantum in fauorem tertii ago, in hoc recedit, quod in hoc *de re mea* dispono primario, et alterum duntaxat adstringere intendo, vt oneri adiecto moram gerat: me autem *tertio* absolute obligare nolui, nisi postquam is, ad meam relationem, in donandi conditionem consensit. Ceterum si eam haud reuocat: si in eadem voluntate subsistit vsque ad extremum vitae halitum, haeredibus haud erit integrum reuocare onus, quod defunctus sancte obseruandum esse voluit, si vel maxime conditio donationi addita demum post mortem tertio innotescat;

Quid si onus pacto adiectum in fauorem tertii?

tescat, quia, reuocandi facultate per mortem extincta, tertio ius certum et radicatum quaesitum est.

§. VII.

Puffendorffii doctrina examinatur.

PVFENDORFFIVS *lib. III. de iur. nat. et gent. C. IX. §. 5.* distinctionem Grotianam sequitur, abstrahendo tamen ab eo casu, si quis *mandato* a tertio instructus est, quia hic casus nullam adeo dubitandi rationem habet, *cum velle censeamur, quod in alterius voluntate posuimus.* Sed primum distinctionis membrum aliter explicat in casu si quis dixerit: *promitto tibi, me Seio daturum,* qui continet *promissionem mihi factam de re alteri danda vel praestanda.* Hunc fere in eo redire arbitratur: *Ego Seio dabo, si tibi placuerit. Hic sane,* pergit, *in tuo videtur esse arbitrior, deriuare id promissum velis in Seium, an vero recusando id, intercipere, saltim ne illud per te ad ipsum perueniat.* Facile admitto, si expresse *hac formula* facta est promissio, ex voluntate acceptantis, vtrum velit promissum deriuare in Seium, an id remittere offerenti, dependere, quia id ipsum *beneplaciti* ratio, quod instar *precari* est, postulat. *l. 4. D. locat.* Enimuero hunc sensum pacti adducti *in genere* esse, eo minus asserere possum, quod hoc pacto alteri *simpliciter* prodesse intendo, nisi eius efficaciam a mea voluntate vnice suspenderim. Hoc vero minime ab eo factum intelligitur, qui in alterius vtilitatem *serio,* et *cum effectu pleno* contrahere voluit, vtpote qui vnice intendit, id tertio praestari, quod in rem eius acceptauit. Tertio autem etiam *ius* acquiri *perfectum* posse, recta ratio docet, vt compaciscenti id remittere haud amplius integrum sit, prout §. V. vberius explicui. Alterum casum, quo concepta est promissio in

in ipsius nomen, cui res danda, hoc modo exponit: *promitto seu asseuero, te teste, me Seio daturum*, additque: *hoc casu, neque tibi ius quaesiuisti, neque Seio, qui actionem tuam pro tua non agnoscit. Vnde nihil interest, vtrum interueniens testis promisso annuat, vel non; quippe quod in ipsius personam non fuit collatum. Et promissor, quia per acceptationem Seio ius non est quaesitum, reuocare promissum potest citra iniuriam, etsi non semper citra violationem constantiae et veracitatis.* Admitto in formula adlata haud obligari promittentem, quia in ea non pactum sed *nuda assertio*, cuius tu duntaxat *testis* adhibitus es, continetur, sine vlla, neque *tua* neque tertii *acceptatione*, sine qua ius nullum produci, nec pactum concipi potest, adeoque hic casus ab argumento praesenti alienus est, quod agit *de iure ex pacto tertii quaesito*, atque *verum* praesupponit *pactum*, non *nudam assertionem*, *asseuerationem*, aut *simplicem adfirmationem*. Neque aliud dicendum, si vel maxime *promittentis* verbo vtatur, quod in laxiori significatione etiam *simplici assertioni* conuenit. Enimuero in *distinctione Grotiana* necessario *acceptationem* nomine *tertii* praesupponere debui, quod alioquin hoc distinctionis membrum ad *quaestionem principalem* haud spectaret. Quid? quod ipse GROTIVS in verbis adductis *acceptationem* praesupposuerit, prout plenius §. *VI.* indicaui, indeque collegi, hunc a primo casu non adeo differre, vt PVFENDORFFIVS mentem Grotianam non satis assecutus videatur.

§. VIII.

§. VIII.

B. THOMASIVS *lib. II. iurispr. diu. c.* 7. §. 119. in primo *membro Grotiano*, quo quis mihi promittit, se Titio daturum, rursus distinguit cum ICtis Romanis, an eius, cui promissio eo modo facta est, intersit, tertio dari nec ne? vt posteriori inefficax sit promissio, non priori, veluti si paciscar tecum, vt Salustio dones centum, quo debitum mihi soluere possit. Hoc casu enim mihi obligaris, quod mea intersit, Salustio dari centum; hic autem nullum ius acquirere dicitur, quod dispositio de *iure alieno* non valeat. Qua de causa si non intersit paciscentis Titio dari, nihil actum esse volunt etiam secundum iuris naturae principium, quod respectu *paciscentis sit* dispositio pro alio de eius iure, quae naturali ratione inutilis est, nec is obligationem acquirat, quod is non in commodum suum sed *tertii pactus sit.* Ita cohaeret philosophia eorum, qui iuris Romani principium cum B. THOMASIO ex iuris naturae praeceptis deducunt. Quia vero iam antea obseruaui, *de iure tertii* in vsum et commodum tertii in tantum disponi posse, vt euentualiter ius eidem acquirat, quod praesumendum sit, eum omnino approbaturum esse, vt ego commodis eius quomodocunque inseruiam, a me impetrare non potui, vt, si rem ad *aequum* et *bonum* referam, in hanc sententiam irem. Ipsi ICti Romani, humaniori iurisprudentiae operam nauantes, agnouerunt, principium adductum ab *aequo* et *bono* abire, adeoque eius vsum per infinitas limitationes exhauserunt, vt rarissime illud in vsum deduci queat. Neque asseri

B. Thomasii doctrina secundum ius naturae.

C po-

poteſt, non aliter valere pactum, quam ſi ratione *patrimonii* ſui interſit paciſcentis, Caio hoc vel illud dari, quia ſemper intereſt paciſcentis, vt promisſum tertio praeſtetur, ſi non intuitu ſui *patrimonii antecedenter*, *conſequenter* tamen, quod eo ipſo, quo pactus ſum, mea interſit, ne decipiar, et tertius, cui prodesſe volui, fallatur. Quid enim, ſi mox tertio, quae in rem eius egi, indicaui: ſi ille grata mente factum meum approbauit, laudauitque: ſi ego fidem meam deſuper interpoſui: vtrum ſalua *aequitatis ratione* promisſor a *fide data* reſilire poteſt mihi opponendo: *tua non intereſt*, cum tamen mea interſit ob fidem interpoſitam: tertio obiiciendo: *tibi nihil promiſi*, cum tamen interventu paciſcentis illi promiſerit, isque promisſum acceptauerit. Nec diſpoſitio de *iure tertii* abſolute eſt inualida, ſed illa demum, quae in eius detrimentum vergit, non quae eius commodum promouet, et *voluntate praeſumta tertii* ſubnixa atque ſuffulta eſt. Quod ſi praeter ſpem et cogitationem tertius meum factum non approbat, tum demum inanis redditur promisſio, quia iam mea non intereſt, promisſum adimpleri, quod tertius acceptare recuſat. Tam diu ergo in ſuſpenſo eſt obligatio, donec tertius ſuam voluntatem, quae interim *praeſumtione iuris* ſubnixa eſt, declarauerit, quia facta ea ſub conditione: *ſi et tertius voluerit*.

§. IX.

Diuerſa iuris Romani diſpoſitio.

Hoc *aequitas*, hoc *recta* ſuggerit *ratio*, ſi ab omni lege poſitiua abſtrahimus. Ius ciuile Romanum non eadem asſumſit principia, non quod contra *ius natu-*

naturae quidquam inducere voluerit, ſed quod proprias, domeſticasque rationes habuerit, quibus asſumtis, tertius ex *pacto* ſtipulatoris nihil acquirere valide poterat. Id quod vt accurate oſtendam, (1) diuerſa iurisprudentiae interualla ſunt diſtinguenda, atque inquirendum: quae fuerit *antiquioris iurisprudentiae* ſententia, ex prudentum *philoſophia forenſi* nata, quam κατ' ἐξοχὴν *ius ciuile* dixere? quae *iuris praetorii*, ius hoc emendantis, et ad aequitatem reducentis doctrina? quae denique *recentioris* et *humanioris* lumina, quibus *ſub Imperatoribus* imprimis hoc argumentum illuſtrarunt, et ad aequitatem magis reduxerunt. (2) Obſeruandum praeterea eſt, ICtos *ius ciuile antiquum* adeo ſancte coluisſe, atque in pretio habuisſe, vt regulas eius non vbique deſererent, ſed in ore quidem adhuc haberent, tot tamen limitationibus reſtringerent, vt exiguus regularum vſus in foro ſuperesſet; id quod in fine huius capitis, recenſione omnium membrorum facta, in hoc argumento demonſtrandum erit.

ex propriis cauſis, ſecundum diverſa iurisprudentiae intervalla.

§. X.

Videlicet *iuris antiqui* regula erat: *Alteri ſtipulari nemo poteſt, praeterquam ſi ſeruus domino, filius patri ſtipuletur. §. 4. I. de inutil. ſtipul.* Exceptionis ratio peculiaris erat, quod inter has perſonas crederetur *moralis identitas*, et ſic pater voce filii, dominus voce ſerui loqui crederetur, quorum inſtrumento pater vel dominus contraxisſe dicebatur. Ratio huius dogmatis in *l. 38. §. 17. D. de verb. obl. et §. 18. Inſt. de inutil. ſtipul.* haec traditur: *inuentae ſunt huiusmodi obligationes ad hoc, vt vnus-*

Iuris antiqui regulae in ſtipulationibus,

quisque sibi acquirat, quod sua interest; ceterum vt alii detur, mea non interest. In stipulationibus quidem peculiaris aderat ratio, quod hae *verbis nuncupatiuis* conciperentur, atque ex his omnem caperent obligationem. Tertius ergo, qui verba talia non adhibuerat, inde nullum ius acquirebat, nec stipulator etiam inde ius agendi habebat, quod eius non interesse crederetur, alteri dari, adeoque ei obstaret exceptio: *tua non interest*, quae repellebat omnem agentem. Ideo autem non interesse credebatur stipulatoris, quod in rem eius non vergeret haec stipulatio, vnde omne id, quod interest, aestimabatur. Verum latius patebat haec regula, nec vnice restringebatur ad *stipulationes*, quod etiam adducta ratio ostendit. Generalius proinde QVINTVS MVTIVS SCAEVOLA *in l. 73. §. 4. de R. I.* hanc tradit regulam, ad omnes contractus pertinentem: *nec paciscendo, nec legem dicendo* (veluti vt res donata tertio post tempus restituatur, quam legem rei meae donatae dico) *nec stipulando quisquam alteri cauere potest.* Repetit hoc principium iuris generale HARMENOPVLVS *in promt. iur. lib. I. tit. 9. §. 22. nec paciscendo, nec stipulando quisquam alteri cauere potest.* Ex hac doctrina antiqua PAVLVS in *l 11. D. de oblig. et act.* hanc tradidit regulam: *quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, vt alter suo nomine recte agat, possumus.* Applicat hanc ipsam VLPIANVS in *l. 11. §. 6. de pignorat. act.* speciatim ad contractum pignoratitium: *per liberam personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo vt ne per PROCVRATOREM*

et pactis quibuscunque.

plerum-

plerumque vel TVTOREM adquiratur, et ideo ipsi actione pignoratitia conuenientur. Admittit tantum ICtus, pignoris nobis obligati *posſesſionem* nos per procuratorem vel tutorem apprehendere posſe; *ipſam autem obligationem*, addit, *libera perſona nobis non ſemper acquiret.* Aliam concluſionem ex hoc principio format ICtus PAVLVS in *l. 126. §. 2. D. de verb. obl.* in caſu, quo creditor ſcripſerat, ſe a Iulio Zoſa, rem agentem Iulii Quintiliani abſentis denaria mille mutua, *quae dari Quintiliano, haerediue eius Kalendis Nouembris, quae proximae ſunt futurae, ſtipulatus eſt Zoſa.* Quaeſitum fuit: vtrum Quintilianus ex *Zoſae liberti ſui ſtipulatione* agere posſit nec ne? Reſpondit ICtus: *per liberam perſonam, quae neque iuri noſtro ſubiecta eſt, neque bona fide ſeruit, obligationem nullam acquirere posſumus.* Nec obſtabat, quod libertus ſtipulatus esſet patrono, inter quos nexus quidam adhuc ſupererat, quia libertus etiam vt alius libertate gaudebat, nec *identitas* talis inter eum, et patronum, quae inter dominum et ſeruum erat, deprehendebatur. Inde ICtus ait: *quod libertus patrono dari ſtipulatus eſt, inutile eſt: vt nec ad ſolutionem proficiat adiecto abſentis; cui principaliter obligatio quaerebatur.* Palam erat, ſi quis *ſibi aut Titio* dari ſtipulatus erat, Titio quidem *ſolutionem* valide fieri, non autem debitum ab eo recte peti potuisſe, *§. 4. Inſt. de inut. ſtipul.* quod tertio ſtipulari nemo posſet ad effectum acquirendi ius agendi. Verum ad caſum propoſitum nequidem haec doctrina quadrabat, vt patrono recte ſolui potuisſet, quod in adducta ſpecie liberto *principaliter* obligationem acquirere intenderit, non vero eum tantum vt *procuratorem* ad *ſolutionem* accipiendam obligationi a ſe acquiſitae adiicere

ſicere voluerit. Nec enim prius valebat, quod ſtricto iuri aduerſabatur; nec poſterius, quod libertus haud intenderat, cum tamen omnis actus ex intentione paciscentium aeſtimandus ſit. Pariter haec doctrina generaliter propoſita et reguſtata eſt in *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir.* quae pleno lumine hoc argumentum illuſtrat. Aiunt DIOCLETIANVS et MAXIMINVS: *excepta posſesſionis cauſa* (quae facto ſimplici naturali acquirebatur) *per liberam perſonam, quae alterius iuri non eſt ſubdita, nihil acquiri posſe, indubitati iuris eſt. Si igitur procurator non ſibi, ſed ei, cuius negotia adminiſtrabat, redintegratae rei vindicationem pactus eſt, idque pactum etiam ſtipulatio inſecuta eſt: nulla domino obligatio acquiſita eſt.* Ex eodem fonte fluxit generalis regula tradita in §. 5. *I. per quas perſ. cuiq. acquir. per extraneam perſonam nihil acquiri posſe*, quod admodum graue et impeditum videtur, ſed iuris Romani rationibus admodum conueniens, vt paulo poſt obſeruabimus. Interim inde liquet, 1) ex pacto tertii *ignoranti* nihil acquiſitum fuisſe: 2) imo nec domino ex pacto *procuratoris*, ad acquirendam obligationem inſtructi, quod magis adhuc recedit a ratione naturali, adeoque palam eſt, rationem ciuilem hic impedimento fuisſe, non naturalem: 3) posſesſionem per alium acquiri potuisſe, quod ea, quae actu mere naturali acquiruntur, quorum in numero eſt posſesſio, per quemlibet volentibus nobis acquirere posſimus. *l. 53. de acquir. domin.*

§. XI.

§. XI.

Inde vero concludebant, (I) nequidem *pignoris obligationem* per alium, veluti *procuratorem*, acquiri nobis potuisse. *l. 11. §. 6. de pignor. act.* Nec mutabat, quod constitutum erat ab ALEXANDRO SEVERO in *cit. l. 1. C.* posse per liberam personam acquiri possessionem, cuius translatio in pignore adest, *l. 9. §. 2. l. 35. §. 1. D. de pignor. act.* adeoque, ea translata, simul pignoris obligationem acquisitam tertio fuisse. Respondet ICtus, admittendo, possessionem *pignoris obligati* acquiri domino, qui procuratorem dederat, potuisse, sed non *obligationem*, quod iuris antiqui ratio impediebat, id quod IVSTINIANVS in *l. 2. C. per quas pers. nobis acquir.* adhuc repetit, aiendo: *ex hypotheca aut pignore eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus non acquiritur*, nisi demum *cessione* interueniente, non *ipso iure* sine *cessione*. Inde vulgatum assertum, BARTOLO tribuendum: *obligationes personales tam actiuas quam passiuas inhaerere ossibus contrahentium*, adeoque *per cessionem* demum easdem transferri. *l. 16. in f. de pecul.* (II) Idem quoque in mutuo recipiendum et constituendum de stricto iure fuisset. Etenim *si nummos meos tuo nomine dedero veluti tuos absente te, et ignorante*, vel etiam *te volente*, quaerebatur: cui acquireretur condictio? stricto iure acquirenda numeranti, non tertio, quod per liberam personam actio personalis alteri acquiri non posset, vt FABER *in ration. ad l. 9. §. 8. D. de reb. cred.* recte obseruat. Enimuero in hac specie a iure veteri discessio facta erat, idque propter

Vnde 1) nec pignoris obligatio tertio acquirebatur.

2) Exceptio singularis fuit in mutuo.

propter *vtilitatem commerciorum*, adeoque ad *ius singulare* refertur, vt in genere in *l. 15. de reb. cred.* asseritur: *singularia quaedam*, quae a regula recedunt, *recepta sunt circa pecuniam creditam.* Ad haec merito referendum, quod in specie adducta *tertio* acquiratur *ipso iure* condictio, cuius nomine pecunia a me data erat, siue mandatum habuerim, siue absque mandato tuo nomine dederim. Addit ICtus in *cit. l. 9. §. 8. cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, vel nostro nomine creditor meus, et futuro debitori nostro.* Duo hic obseruo: α) propter frequentissimum pecuniae creditae vsum et publicam vtilitatem hoc *ius singulare* esse receptum, contra regulas iuris communis, vt EDMVNDVS MERILLIVS ad *tit. de reb. cred.* et quidem ad *cit. l. 9.* recte obseruat. (vid. *tom. III. thes. iur. Rom. p. 666.*) *Quod enim fit quotidie renitente aliquo modo iuris ratione, facile tamen permittitur et transit in ius commune propter vtilitatem publicam*, vt apprime ait FABER in *ration. ad cit. l. 9.* Quia vero in solo *mutuo, qua tali*, hoc receptum erat, inde aliud dicendum, si praeterea alia obligationis caussa concurrebat, vtpote *numeraui tibi decem, et haec alii stipulatus sum, nulla erit stipulatio*, per *l. 9. §. 4. eod.* quod in stipulatione hoc *ius singulare* haud receptum esset, sed in solo *mutuo*. *An ergo condicere per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus est, i. e. numeratione; altero verbis, i. e. inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse.* Datur ergo *condictio ex mutuo*, non *condictio certi ex stipulatu*, quod stipulatio inutilis sit. Eandem quaestionem mouit PAVLVS in *l. 126.* §. 2.

§. 2. *de verb. obl.* vbi praemittit *ius singulare in mutuo: plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam, vel nostram, vt nobis solueretur, obligatio nobis pecuniae nostrae acquireretur.* Addit tamen, stipulationem subiectam de pecunia aliis restituenda inanem esse. Quaerit vero, *an ex numeratione ipse, qui contraxit, pecuniam creditam petere possit? nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed vna verborum.* Haec erat ratio dubitandi. Decidendi vero mox subiicit: *plane, si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali* seu originaria *obligatione*, et ita negat, vnam tantum adesse obligationem. Tertius vero condictione non vtebatur, sed ipse numerans. Non ille, quod ipsi numerationi haec lex dicta non fuisset, vt alii soluerentur nummi, sed stipulatio tantum in tertium directa esset, quamuis frustra. Standum itaque in regula, vt numerans ex *naturali obligatione* repetere nummos posset, cui acquiritur actio regulariter. β) Obseruo, verba *cit. l. 9. §. 8.* finalia: *meus est*, sine dubio corrupta esse, cum sensum non habeant, quae HALOANDER ita restituit: *Vt nostro nomine creditor* NVMERET *futuro debitori nostro.* DIONYSIO GOTHOFREDO haec lectio haud arridet, quod vox *creditor* hic otiosa videatur, cuius rationem non video. Recte enim asserere possum, eum meum fieri *creditorem*, qui meo nomine alteri tanquam *futuro meo debitori* soluit pecuniam suam, quia refundere eam ipsi teneor, quam *in rationes meas* tanquam creditor meus refert: er setzet es auf mein Conto, vt loqui solemus. IOSEPHVS NERIVS *lib. I. analect.*

c. 14. (*tom. II. thes. iur. Rom. pag.* 345.) aliam adhuc substituit lectionem aeque probabilem, vt loco: *meus est*, legendum sit *incuset*, quod literae ipsae proxime conspirent. *Incusare* enim iuxta NERIVM dicitur creditor, *qui rationibus summam referens*, *imputat nostro nomine futuro debitori nostro*, quamuis haec locutio inusitatior sit. Denique quia *indebite solutum* proxime ad *mutuum* accedere credebatur, inde eandem doctrinam etiam in *condictione indebiti* receperunt, veluti si indebitam pecuniam pro alio per ignorantiam facti quis soluerat, hanc is, cuius nomine soluta erat, repetere poterat. *l. 6. C. de cond. indeb.*

§. XII.

3) Ne quidem per tutorem acquirebatur obligatio pupillo.

Colligebant inde quoque (III) per *tutorem et curatorem* obligationem ne quidem *pupillo* acquiri posse *l. 11. §. 6. de pignor. act.* Quamuis enim in *l. 157. pr. de cond. indeb.* PAPINIANVS diuersum constituat in *condictione indebiti*, tutore indebitum nomine *impuberis* numerante, id tamen pertinebat ad ius singulare, quod *indebite solutum mutuo* accederet, de cuius ratione peculiari antea vidimus. Regulariter autem etiam intuitu pupilli in regula, quamuis dura et aspera, subsistebant, quod indigitant DIOCLETIANVS et MAXIMINVS in *l. vlt. C. quand. ex fact. tut. vel. curat. minor. ager. vel. conuen. poss. per tutorem pupillo actio*, *nisi certis ex causis*, *quaeri non potest*, cum tamen tutor pupillo datus esset, vt omnia eius nomine ageret et acquireret: quid itaque impediret, quo minus actio per tutorem quaereretur pupillo? Videlicet sola veteris iuris durissimi ratio obstabat, adeoque consultius

erat,

erat, vt pupillus ipse, si praesens esset, eiusque aetatis, vt, quod ageret, intelligeret, contraheret, *tutore autore*, vt sibi *directo* ex suo contractu acquireret. Longe vsitatius olim apud Romanos sine dubio fuit, vt ipse potius pupillus, quam vt tutor nomine pupilli contraheret. Posterius multis inuolutum erat difficultatibus, quod pupillo actio directa non acquireretur, nec pupillus indistincte obligaretur ex contractu tutoris: in priori specie vero omnes hi cessabant scopuli, adeo vt hic modus contrahendi merito omnibus commendaretur. (IV) Pariter nec mandanti per mandatarium actio acquiritur, etiamsi hic non sibi, sed suo domino fuerit stipulatus, quam conclusionem plenius explicuit HERTIVS *de obl. mandant. et mandatar. contempl. tertii* §. 2. PAPINIANVS eam illustrat in *l. 49. in f. de acquis. vel amitt. possess.* exemplo actionis ad euictionem, aitque: *euictionis actio domino contra venditorem inuito procuratore non datur, sed per actionem mandati eam cedere cogitur.* Solebant emtores *euictionem duplae* stipulari, quam sine dubio ICtus intelligit, in casu, si quis per *procuratorem* mandato instructum emerat. Etenim si vel maxime procurator stipulatus fuerat: *promittisne euictionis nomine duplum mihi dare?* tamen ne sic quidem huic acquirebatur actio *ipso* iure; sed demum *facta cessione*, ad quam cogi poterat procurator. Pariter qui mandatum suscepit, *vt pecuniam in diem collocaret, isque hoc fecerit*, mandati conueniendus est, vt cum dilatione temporis actionibus cedat, vt ICtus in *l. 43. D. mand.* decidit. Ex eodem principio concludit in *l. 45. pr. eod. Si mandato meo fundum emeris, vtrum cum dederis pretium,*

4) Nec mandanti per mandatarium.

ageres mecum mandati, et antequam des; vt necesse habeas, res tuas vendere? et recte dicetur, in hoc esse mandati actionem, vt suscipiam obligationem, quae aduersus te venditorem competit. Nam et ego tecum agere possum, vt praestes mihi aduersus venditorem emti actiones. Plana est haec decisio, quae docet, α) nequidem mandantem ex contractu mandatarii obligatum fuisse tertio, licet actione mandati contraria a mandatario cogi potuerit, vt, venditore ex contractu forsan agente, mandans obligationem suscipiat, et mandatarii vices, actione mota, subeat: β) mandantem eodem modo ius perfectum agendi contra venditorem ex contractu mandatarii *ipso iure* non acquisiuisse, sed actione mandati directa mandatarium compellere potuisse, vt praestaret aduersus venditorem emti actionem, quod durum et ab aequitate alienum, cum tamen mandatarius ex voluntate mandantis contraxerit, et venditor sub hac qualitate negotium cum eo egerit. Vtrumque quoque planum et exploratum est ex *l. 45. §. 2. D. mand* vbi ICtus sequentem proponit casum: *si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam soluas, dicendum est, te agere posse, vt obligationem suscipiam*, quoniam tua interest, vt libereris obligatione suscepta, in tua persona radicata, *aut si nolit creditor obligationem mutare, cauere tibi debeo, defensurum te.* Adeo ergo mandatarius, vel negotiorum gestor obligatus erat creditori, vt nequidem hic cogi posset, loco eius dominum debitorem accipere. Addit ICtus in *cit. l. 1. §. 5. eod.* rationem hanc: *sicut mandante aliquo actionem nacti* (quam ex contractu mandatarius sibi acquirebat,) *cogimur*

eam

tam praeſtare iudicio mandati, quod ipſo iure in mandantem non transeat; *ita ex eadem cauſa obligatos habere mandati actionem*, *vt liberemur*, ab obligatione ex contractu ſuſcepta. Denique idem illuſtrat *l. 8. §. 5. D. mand.* quae docet, hoc ineſſe mandati iudicio, *vt ſibi cedat actiones mandatarius*, quas habet aduerſus eum, a quo mandantis voluntate rem comparauit.

§. XIII.

Pariter (V) ſocius per ſocium contrahentem *ipſo iure* non acquirebat actionem, ſi vel maxime ſocietati praepoſitus fuiſſet, *l. 1. D. de inſtit. act.* LAVTERBACH *de ſocior. oblig. quae oritur ex conuent. cum extran. inita c. III. §. 12.* adeoque etiam hic *ceſſio* erat neceſſaria regulariter, *l. 2. de inſt. action.* adeo vt ſi vel maxime omnium bonorum communio inita eſſet, omnes res, quae coeuntium ſunt, continuo quidem communicarentur, *ea tamen*, *quae in nominibus ſunt*, *in ſuo ſtatu manere dicantur tamdiu*, *donec actiones inuicem praeſtitae fuerint*, *l. 3. pr. D. pro. ſoc.* licet vel maxime voluntas coeuntium ad omnium rerum, et ſic etiam *nominum* communionem fuerit directa. Etenim ſi *ab initio* nemini paciſci poſſumus, vt ille ius acquirat, ita nec *ex poſt facto ſola voluntate* efficere poſſumus, vt quae ex contractibus acquiſiuimus nomina, aliis *ſine ceſſione* communicentur, in quo ratio Romanis propria conſiſtit, quae in transferendis in tertium iuribus *ceſſionem* deſiderant. Vnde quoque colligunt, ſi inter ſocios expreſſe hoc actum, conuentumque, vt, quidquid ab vno ſociorum geſtum, illud perinde habendum ſit, ac ſi ab omnibus geſtum eſſet, hoc pactum quidem ius inter paciſcentes facere, non vero

Nec 5) ſocius per ſocium obligationem acquirit.

tertio, cum quo socii non contraxerunt, ex hoc pacto contra illos socios actio et obligatio quaeri potest, obseruante LAVTERBACHIO *cit. l.* §. *48*. Denique si vnus ex pluribus sociis, societati praepositus, intra formam praescriptam contraxit, praepositus tamen sibi soli ex contractu contra extraneum, cum quo contraxit, obligationem et actionem acquirit, non reliquis absque *cessione magistri societatis*, vt praepositus in *l. 14. de pact.* vocatur. Huic pactum et obesse et prodesse dicitur in *cit. l. 14.* quod scilicet cum tertio iniit, quippe ex quo tenetur vel agere potest, non item reliqui stricto iure. Idem judicium (VI) ferendum erat de aliis contractibus etiam *realibus*, si *mutuum* exceperis. Etenim si deponens vel commodans commodato vel deposito legem dixerat, vt tibi restituerentur res depositae et commodatae, *intelligis*, aiunt Imperatores in *l. 8. C. ad exhib. nullam te ex eius pacto, contra quem supplicas stricto iure actionem habere.* (VII) Ex eodem quoque principio fluebat, nequidem adiecto *ius agendi* ex stipulatione quaesitum fuisse, veluti *cum quis sibi aut Titio dari stipulatus erat*, obligatio quidem soli stipulatori acquirebatur, nec Titio ius agendi erat; §. *4. I. de inutil. stipul.* huic tamen solui poterat, etiam inuito stipulatore, vt liberaretur debitor, non etiam successoribus Titii quibus etiam profuisset stipulatio, si Titio inde *ius agendi* quaesitum fuisset. *l. 55. de verb. obl.* Breuiter: *solutionis* causa duntaxat adiectus erat tertius, adeo vt idem obtineret, si filius adiectus, et emancipato solutio facta esset. *l. 56.* §. *2. eod.* Etiam (VIII) ad *emtionis venditionis* doctrinam, quae tamen aeque quotidiana, ac mutui negotium fuit, hoc principium applicatum fuit in *l. 6. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nom. vel. alien. pecun.*

6) nec deponens aut commodans.

7) nec adiectus.

8) nec emtor tertio acquirit.

cun. emerit; in qua decisione Imperatores varios distinxerunt casus, et *in fine* etiam hunc addiderunt: *si vero ab initio negotium vxoris tuae gerens comparasti* NOMINE IPSIVS, *emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti, dum quae tibi non vis, nec illi potes* h. e. maritus *sibi* non acquisiuit actionem emti, quia *vxoris nomine* contraxit, nec sibi obligationem acquirere voluit; nec *vxori*, quia alteri nemo pacisci et stipulari potest. Ergo venditori electio competit, cui rem tradere velit, atque is in dominii quaestione potior dicitur. Denique (IX) nec aduersus debitoris debitorem creditor absque cessione agere potest *t. t. C. quando fiscus vel priuat. debitores sui debitoris conuenire debeat vel possit*, cuius rationem BORNIVS *de actione, quae creditori adv. debitoris debitorem competit* §. *6*. in principio adducto quaerit.

9) nec creditor.

§. XIV.

Pariter sicuti nemo ex contractu alterius *ius perfectum*, stricto iure ciuili, acquirebat; ita etiam nemo ex contractu tertii obstringebatur, nec conueniri poterat, quod generatim declarat ICtus in *l. 11. de obl. et A.* Hac de causa PAVLVS in *l. 27. § 4. in f. de pact.* hanc posuit regulam: *ante omnia animaduertendum est, ne conuentio in alia re facta aut cum alia persona: in alia re aliaue persona noceat.* Noceret autem pactum *in alia persona*, si haec ex *pacto tertii* obstringeretur, cum tamen obligationes *ex nostra persona* originem capere debeant, vt dicitur in *l. 11. cit.* Ad hanc regulam prouocant Imperatores in *l. 3. in f. C. ne vxor pro mar.* aientes: *certissimum enim est, ex alterius contractu neminem obligari.* Ex hoc principio hanc formavit

Nemo quoque ex contractu alterius obligabatur.

vit conclusionem ICtus in *l.* 82. *D. pro soc. iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur*, sicuti pupillus non obligatur ex mutuo tutoris pupilli nomine contracto, nisi probata versione, *l.* 3. *C. quand. ex fact. tutor.* et ciuitas ex mutuo administratorum eius nomine contracto non obstringitur. *l.* 27. *D. de reb. cred.* Atque haec regula maiorem omnino aequitatem naturalem, quam prior, quod nemo ex contractu alterius acquirere possit, habet, cum alteri ex nostro facto prodesse, eiusque commoda promouere, humanae societati admodum conueniens et vtile sit; non item eidem nocere, aut obesse, quod fieret, si quis alterius ex contractu *sine voluntate sua* obstringeretur. Quocirca licet in *mutuo* tandem, communis vtilitatis gratia, deseruerint ICti regulam priorem, *quod nemo ex alterius contractu obligationem acquirere possit*; alteram tamen merito retinuerunt, quod nemo ex *mutuo tertii* obligari queat, licet illud eius nomine contractum esset, ne per indirectum quis aere alieno tertii sine sua voluntate obstringeretur.

§. XV.

Conclusiones ex hac regula deductae.

Ex his, quae in antecedentibus adducta sunt, sequentes obseruationes formandae sunt. *Prima* est, quod nemo ex contractu suo alteri *ius perfectum* seu obligationem acquirat, vt contra tertium agere nequeat. *Altera* est, quod nequidem alteri acquirat obligationem *ipso iure* ex suo contractu, si vel maxime hunc ex ipsius *mandato* vel voluntate iniit, quod a *rectae rationis* principiis non poterat non recedere, id quod etiam ICti indigitant, dicentes de *stricto iure*, antiquo

antiquo ſcilicet, quod *ciuile* vocabatur, hoc intelligendum esſe, quod *aequitati naturali* oppoſitum eſt, paulo ſerius demum asſumtae. *Tertia* eſt, quod nequidem pupillo per tutorem contrahentem ius perfectum quaeſitum fuerit, quamuis hic conſtitutus ſit, ut pupillo prodesſet, eiuſque commoda promoueret, atque perſonam eius, ad contrahendum inhabilem, repraeſentaret, tueretur que. *Quarta* eſt, quod in ſolo mutuo *aequitas naturalis* agnita, et a *iuris ciuilis* regula discesſio facta fuerit, communis vtilitatis cauſa, etiamſi *ſine mandato* quis alterius nomine mutuum dederit. *Quinta* eſt, quod quia pater et filius familias, dominus et ſeruus *moraliter* pro eadem habeantur perſona, pater ex contractu filii et dominus ex ſerui pacto ſecundum regulam ius agendi acquiſiuerit. *Sexta* eſt, quod nequidem ipſe contrahens, qui alterius nomine contraxit, ſibi acquiſiuerit ius agendi, niſi *poenam* ſibi quis ſtipulatus esſet, in caſu, ſi alter promisſum non praeſtitisſet, ſi vel maxime eius non interesſet alteri dari. *Poenam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quae ſit quantitas, quaeque conditio ſtipulationis*, vt ait ICtus in *l. 38. §. 17. D. de verb. obl.* Ergo hoc caſu nequidem agenti regula: *tua non intereſt*, obſtabat. *Septima* eſt, quod tunc demum quis ſibi acquiſiuerit ius agendi, *ſi ſua interesſet*, alteri promisſum praeſtari *l. 38. §. 20. de verb. obl. l. 118. in f. eod. §. 19. Inſt. de inutil. ſtipul. l. 3. C. eod.* Vnde qui mandato meo cum tertio contraxerat mei intuitu, tertium ad praeſtandum promisſum cogere poterat, quod mihi ex contractu mandati obſtringeretur. Inde quaeſitum fuit in *cit. l. 3. C. inutil.*

ſtipul. quaenam deciſio in caſu hoc facienda? mater, cuius filia in matrimonio defuncta, pactum inierat cum eius marito, ſuperſtitis filii nomine, vt dimidiam partem dotis detineret, alteram vero partem nepoti ſuo, vel ſi is in rebus humanis non esſet, Iuliano reſtitueretur, praeuentoque morte nepote de efficacia ſtipulationis quaerebatur. Reſpondent Imperatores: *Super ſtipulatu tuo adi praeſidem prouinciae, vt, examinatis partium allegationibus, quanti conſtiterit interesſe tua iuxta placiti fidem dotis portionem Iuliano fuisſe reſtitutam, ob incertae actionis effectum concludant condemnationem taxatae quantitatis.* Quid enim ſi mater antea transegerat de lite incerta cum Iuliano? ſi ei inter alia promiſerat, ſe effecturam, vt morte praeuento nepote, dimidia dotis ad eum perueniret? intererat ſane matris, vt Iuliano illa praeſtaretur, quod alioquin de contractu non impleto hic contra matrem agere posſet. *Octaua* eſt, quod licet paciscentis, qui alterius cauſa contraxerat, interesſet, alteri promisſum praeſtari, hic tamen ex eo contractu *ipſo iure* ius nullum perfectum acquireret, ſed ſolus paciſcens, adeo vt nequidem mandans ex contractu ſui procuratoris obligationem quaeſiuerit. Adeo ſtricte inhaerebant regulae iuris antiqui: *nemo alteri paciſci poteſt.* *Nona* eſt, quod tertio *ius agendi* ex contractu alterius, cuius intererat tertio dari, non aliter competeret, quam facta *cesſione*, multis ambagibus, et ſolennitatibus inuoluta, ad quam contrahens cogi poterat a tertio, cuius nomine contraxerat, veluti a mandante. Hoc caſu demum agebat cesſis actionibus, vel ſi *cesſio* ob *abſentiam* fieri non poterat, mandare abſens actiones ſuas tertio debe-

bebat, vt hic *procuratorio nomine absentis*, quamuis simul in rem suam, agerer. Inter absentes enim mandatum contrahi poterat, non item fieri *cessio*, quae erat *actus legitimus*, personarum praesentiam desiderans. Haec ratio olim Romanis propria fuit, quod non *sola voluntate*, sed *cessione* vel *mancipatione* solenni res vel ius in alterum transferri potuerit, quod admodum commercia impediebat. *Voluntas* acquirere tertio volentis hoc casu certa erat, sed *iure antiquo* non sufficiebat, quod *solennem translationem* desiderabat. *Decima* est, quod nemo etiam ex contractu alterius *stricto iure ciuili* obligari potuerit, si vel maxime sua voluntate antecedente ad contractum alterius concurreret, nec creditor constringi, vt obligationem mutaret, veluti si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris; cogi quidem principalis potest, vt obligationem suscipiat, etiam antequam contrahens soluat, sed creditor cogi nequit, vt loco eius principalem accipiat debitorem, et ita obligationem mutet. *l.* 45. §. 2. *mand.*

§. XVI.

Emendatio ex iure praetorio secuta in regula: quod nemo ex contractu alterius obligari possit.

Emendatione hanc doctrinam forensem antiquam, asperam, atque acerbam, indiguisse, nemo forsan in dubium vocabit. Praetores itaque, qui ad *ius ciuile antiquum* emendandum omnes adhibebant ingenii neruos, vtut potestate limitata, atque restricta gauderent, in quibusdam casibus, in quibus prae ceteris emendatio desiderabatur, atque summopere necessaria erat, quoad vltimam obseruationem, *quod nemo ex contractu alterius obligari posset*, medicinam adhibendam esse censuerunt, constituentes: exercitorem ex contractu

ſui magiſtri nauis, ſecundum legem praepoſitionis contrahentis; mercatorem ex contractu ſui inſtitoris; dominum ex contractu ſerui in peculio, ſuo vel ad eius iusſum contrahentis, vel in rem domini paciscentis obligari, et conueniri posſe ex contractu inito, ac ſi eundem ipſemet iniisſet, quod docent *tituli digeſtorum lib. XIV. et XV.* Atque hoc ipſum erat aequisſimum, cum, quatenus quis ſua *voluntate* vel expresſa vel *praeſumta*, vt in *verſione in rem*, ad contractum alterius concurrit, ipſemet contraxisſe videatur. Verum nequidem haec emendatio ad quaecunque negotia per alterum inita pertinebat, ſed reſtricta erat ad *caſus maxime necesſarios*, qui imprimis medicinam deſiderabant. Etenim quod de *in rem verſo* iure praetorio traditum erat, duntaxat pertinebat ad contractus *filii* vel *ſerui*, ſi in rem patris vel domini contraxerat, non item ad contractus extraneorum, qui in rem tertii negotium peregerant, quamuis pedetentiam *forenſi interpretatione* latius haec praetorum edicta vltra caſus deſignatos extenſa fuerint. *l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. poteſt. l. 13. §. 15. D. de act. emt. vend. l. 5. de praetor. ſtipul. l. 5. §. 8. l. 19. pr. de inſtit. action. l. 10. §. 5. mand. l. 31. pr. de neg. geſt. l. 5. l. 6. C. de inſtit. act.*

§. XVII.

Non vero in altera regula: quod nemo alteri paciſci queat.

Enimuero in altera regula: *quod nemo ex contractu alterius ius perfectum acquirere posſit*, ſi vel maxime ad eius mandatum hic initus fuerit, emendationem minime necesſariam fore cenſuerunt, atque, quod poteſtate reſtricta, non *legislatoria* gauderent, illam intactam reliquerunt. Quamuis enim magiſter nauis iuxta legem

gem praepoſitionis ab *exercitore* praeſcriptam contraxerat, huic tamen *iure praetorio* contra tertium ius agendi datum non erat. Ait ICtus in *l. 1. §. 18. D. de exercit. act.* *Sed ex contrario exercenti nauem aduerſus eos, qui cum magiſtro contraxerunt, actio non pollicetur, quod non eodem AVXILIO indigebat.* Auxilium contra *ius durum ciuile* in regula, *§. antec.* relata, omnino neceſſarium erat, quo non indiguisſet iurisprudentia antiqua, niſi adeo crude inhaeſisſet regulae: *nemo ex contractu alterius obligatur.* Etiam altera: *nemo alteri obligationem ex ſuo contractu acquirit*, emendatione quadam opus habere videbatur; ab ea tamen abſtinebant praetores, quod non *ſimpliciter* necesſaria videretur, ſed vel ex *locato* cum magiſtro, ſi mercede operam praeſtaret, aut ſi gratuitam, *mandato* agere posſet, vt magiſter videlicet contra ſuum debitorem ageret, vel ius ſuum cederet. *l. 5. pr. de exercit. act.* Idem quoque cenſuit VLPIANVS quoad *inſtitoriam actionem*, eiusque aequitatem primo praemittit in *l. 1. D. de inſtit. act.* et, *aequum*, ait, *praetori viſum eſt, ſicuti COMMODA ſentimus ex actu inſtitorum, ita etiam OBLIGARI nos ex contractibus ipſorum et conueniri.* Mox tamen ſubiungit: *ſed non idem facit* praetor *circa eum, qui inſtitorem praepoſuit, vt experiri posſit, ſed ſi quidem ſeruum proprium inſtitorem habuit, poteſt esſe ſecurus, acquiſitis ſibi actionibus*, quod dominus et ſeruus vna perſona cenſerentur: *ſi autem vel alienum ſeruum, vel etiam hominem liberum, actione* contra eum, qui cum inſtitore contraxit, *deficietur: ipſum tamen inſtitiorem vel dominum eius conueniri poterit vel mandati, vel negotiorum geſtorum, vt hic agat, vel actiones ſuas praeſtet.*

§. XVIII.

Quidam tamen crediderunt, etiam ex iure praetorio domino ex contractu institoris dandam actionem.

Sed non omnibus eadem stabat sententia, quibusdam arbitrantibus, etiam domino ex contractu sui institoris *iure praetorio* dandam esse actionem, quod eadem esset aequitatis ratio, et sicuti hoc iure per institorem vel magistrum *obligaretur* et onus sentiret exercitor, vel mercator: ita quoque aequum esset, vt *commodum actionis* ex eius contractu sui *institoris* vel ideo ex *aequitate naturali* obligabatur, quod voluntatem suam per *praepositionem* ad eum accomodauerat; haec vero ratio quoque eidem *iure praetorio* ius agendi ex contractu institoris tribuere debebat. Ita censuit MARCELLVS teste VLPIANO in *l. 1. in f. de instit. act. debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerant.* Licet enim praetores huius expresse non fecerant mentionem, *interpretatione* tamen *per aequitatem* hoc edictum ad eum trahi posse, credebat MARCELLVS. Plerique tamen ex nimia veneratione *regulae* iuris antiqui, cui clades imminebat fere vniuersalis hac interpretatione, illud ad hunc casum extendere noluerunt, quod crederent, praetores *noluisse* exercitori vel mercatori institorem praeponenti succurrere. CAIVS MARCELLI sententiam *secundum quid* agnoscebat, *si modo aliter* praeponens *rem suam seruare non potest*; veluti si institor aufugit, discessitque, ut actiones cedere non possit; hoc enim casu iniquum foret, denegare praeponenti actionem ex contractu sui institoris, quin potius *auxilium praetoris* aeque necessarium erat, ac quidem in casu *obligationis*. In hunc sensum quoque accipiendus PAVLVS in

Quidam vero duntaxat ob euidentem necessitatem, ex mente Caii,

et Pauli.

in *l. 5. de praetor. ſtipul. in omnibus praetoriis ſtipulationibus hoc ſeruandum eſt, vt, ſi procurator meus ſtipuletur, mihi CAVSA COGNITA ex ea ſtipulatione actio competat.* Non abſolute ergo competit, ſed *cauſa cognita.* Quid enim, ſi procurator abſens, et in remotis regionibus ſit, vt cedere ius ſuum nequeat? Hoc planius declarat etiam in actionibus per inſtitores quaeſitis, his verbis: *Idem eſt et cum inſtitor in ea cauſa esſe coepit, vt interpoſita perſona eius, dominus mercis rem amisſurus ſit, veluti bonis eius venditis; ſucurrere enim domino praetor debet*, id quod ex *edicto praetoris* per *interpretationem ex aequitate* traxerunt. Saepe contingebat, vt procurator omnium bonorum abſentis a vicinis cautionem *damni infecti* exigere necesſe haberet, quo caſu quaeſtio mouebatur, cui ius agendi ex hac cautione quaeſitum esſet? Reſpondit PAVLVS in *l. 18. in f. D. de damn. infect. Si procurator meus damni infecti ſtipulatus ſit, CAVSA COGNITA mihi ex ea ſtipulatione actio competit.* Cauſae cognitio vel ideo necesſaria erat, vt inde liqueret, vtrum iuxta *ius praetorium* danda esſet domino actio ex *cautione procuratoris* ſine *cesſione*, quae regulariter olim deſiderabatur? Vbi enim locum habere non poterat *cesſio*, *ex aequitate praetoria* actio in ſubſidium domino dabatur. Ita auxilium *iuris praetorii* ad mitigandam hanc *iuris ciuilis* doctrinam pasſim adhibuerunt, *parcius* tamen, et in *ſubſidium*, ſi *ordinarii iuris* rationes et media deficerent.

§. XIX.

Verum cum ſub Imperatoribus ad maiorem humanitatem, et facilitatem *ius ciuile antiquum* redactum atque

Plenius proſpectum eſt iis, quorum nomine con-

tractus initus sub imperatoribus.

atque translatum sit, inquirendum omnino erit, an etiam in *hoc iuris articulo*, quem euoluere lubuit, quaedam mitigatio, et emendatio facta? Iam olim TERTVLLIANVS *in apol. c. 4.* ad hanc *emendationem* prouocauit, eiusque necessitatem in genere agnouit. *Nonne et vos*, ait, *experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis totam illam veterem, et squallentem syluam legum, nouis principalium rescriptorum et edictorum securibus rustatis et caeditis?* Sine dubio haec quoque in doctrina praesenti fuit necessaria, cui non satis *iure praetorio* prospectum erat, quod de *iure acquirendi ius perfectum ex contractu tertii* non disponebat, sed de *obligatione ex contractu tertii* edicebat primario. Quocirca ambages *cessionum* etiam post *ius praetorium* regulariter obseruandae, remissae tantum in casu necessitatis; quae tamen ingentibus obnoxiae erant difficultatibus. Solenniter enim peragendae erant *in iure*, verbis conceptis a *praesentibus*; nec enim *procuratores* admittebantur, nec inter *absentes* expediri poterant. Vid. VLPIANVS *in fragm. tit. 19. §. 36.* CAIVS *in fragm. institut. lib. II. t. 1.* Inde vero infinita profluxere incommoda, quod a nutu *procuratoris cessio* dependeret, et licet ad cedendum obligatus diceretur, nihilominus tamen *noua lite* cessio, antequam ex eius contractu agi posset, impetranda esset, ne dicam, executionem contra *refractarium* admodum impeditam fuisse. Saepe etiam ob *absentiam* vnius, alteriusue cessio deficiebat, vel facta impugnabatur, vt noua omnino medicina opus esset.

ob ingentes cessionum difficultates.

§. XX.

§. XX.

Videlicet D. PIVS necesſitatem cedendarum actionum in iis caſibus, in quibus iure antiquo *ceſſio* erat neceſſaria, remiſit, et in *ſola voluntate* eius, qui alteri ius quoddam acquirere ex *ſuo facto*, et *contractu* voluit, acquieuit, conſtituendo, ceſſionem pro facta accipiendam eſſe, et ei, cui actio ceſſa non eſt, *vtilem actionem* ex *aequitate* dandam eſſe, ac ſi *ceſſio ſolennis* inter *praeſentes* in *iure* facta fuiſſet. Hoc ipſo vero rem reduxit ad *iuris naturae* diſpoſitionem, ex qua; ceu ab initio demonſtraui, alteri per contractum ius perfectum et obligatio acquiri poteſt. Facit huius conſtitutionis mentionem ICtus in *l.* 1. §. 13. *de tut. et rat. diſtrah.* et ait: *ſi forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praeſtiterit, vel ſoluerit, vel ex communi geſtu, nec ei mandatae ſunt actiones* a pupillo, de cuius voluntate tamen conſtabat, *conſtitutum eſt a* D. PIO et *ab Imperatore noſtro et D. Patre eius, vtilem actionem tutori* ſine omni ceſſione *aduerſus curatorem dandam.* Olim emtor haereditatis ſine *ceſſione venditoris* non poterat agere contra debitores haereditarios; ſed ex reſcripto D. PII *vtiles actiones* emtori haereditatis *proprio nomine* dabantur, aeque ac ſi *ceſſio* facta fuiſſet. *l.* 16. *D. de pact.* Ceſſio olim erat modus ius ſuum transferendi et alienandi in alium, qua facta, ceſſionarius *proprio nomine* agebat, nec *mandato* indigebat. Idem effectus tribuebatur *actionibus vtilibus*, quia *voluntas* alterius pro *ceſſione* ex *aequitate* erat, quod vlterius illuſtrari poteſt ex *l.* 18. *C. de legat.* vbi dicitur: *vtilibus SVO NOMINE*

Ex conſtitutione D. Pii.

vtilem concedendo actionem.

iuxta L. 1. §. 13. de tut. et rat.

et l. 16. de pactis.

experietur et l. 7. C de haered. vel act. vend. l. 8. C. eod. l. 2. C. de contr. iudic. tut. l. f. C. quando fiscus vel priuat. et c. l. 1. C. de oblig. et act. l. 2. C. eod.

§. XXI.

Hoc speciatim illustratur ex l. 13. §. 25. de actione emti vend.

Ad praesens argumentum haec noua D. PII constitutio eo magis trahi debuit, quod, quando contrahens tertio obligationem acquirere voluit, voluntas eius aperta, et perspicua adesset, nec *cessione solenni* in tam *manifesta voluntate* necessaria videretur. Quamuis itaque iuxta antiquam iuris disciplinam mediante *cessione* ex contractu procuratoris demum daretur actio, post illam constitutionem tamen *vtilis*, sine vlla *cessione* data fuit, quod voluntas *domini* in procuratoris contractu interuenisse credatur. VLPIANVS *in l. 13. §. 25. D. de act. emt. vend.* id applicat ad *emtionem venditionem* per *procuratorem* factam, et ait: *si procurator vendiderit, et cauerit emtori, quaeritur, an domino* ex contractu procuratoris *vel aduersus dominum actio dari debeat? Et* PAPINIANVS *libro tertio responsorum putat, cum domino ex emto agi posse vtili actione ad exemplum institoriae actionis*, quae ex interpretatione per aequitatem ad hunc casum trahebatur, *si modo rem vendendam mandauit. Ergo et per contrarium dicendum est, vtilem ex emto actionem ex constitutione* D. PII *domino competere.* Non distinguitur in hoc textu, vtrum, domino *praesente*, an *absente* contractum fuerit, si modo de *mandato* eius

In contractu a procuratore inito.

ex quo dominus vtili sine cessione agebat.

eius constabat. Ceterum si *procuratori praesentis fuerat cautum, ex stipulatu actionem vtilem domino competere, nemo ambigebat*, quod ex *praesentia* domini de *mandato* euidenter constaret, *l. 79. de verb. obl.* et *domini consensus* omni dubio remoto adesset. Enimuero *vtilis* dabatur, etiamsi *absente domino* contractus secundum legem praepositionis seu *mandati*, de quo constabat aliter, initus esset a procuratore. In effectu itaque statim *ipso iure* acquirebatur domino *actio vtilis*, ex contractu sui *procuratoris*, iuxta mandatum datum inito, quod *rationi naturali* quidem, sed neutiquam *regulae iuris antiqui* conueniens erat. Huius obseruationis hoc erat consectarium, vt etiam *inuito* et *reluctante procuratore* ex contractu eius agere posset dominus. PAPINIANVS in *l. 68. de procurat.* huius sententiae autor est: *quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, inuito procuratore dominus petere potest.* Neque vero (1) credendum est, in verbis *ex re domini*, singularem latitare circumstantiam, vel fundamentum decidendi, sed id tantum exprimitur, quod in omni negotio mandatarii supponi debet, vt videlicet *nomine domini* et *in eius negotiis* seu *rebus* egerit, et sic *ex re domini* h. e. causa, quae dominum concernit, stipulatus sit. Quamuis enim procurator mandatum *de emendo* libros designatos a Saluio acceperit, illosque emerit; si tamen, *mutata* ante initum contractum *voluntate*, non domino, nec nomine eius, sed sibi et proprio nomine emit, sibi tantum actionem, non aliis acquirere voluit, nec hoc casu domino *vtilis* contra emtorem competit, sed tantum *mandati* con-

etiam reclamante procuratore.

modo vt mandatarius egerit in re seu causa domini.

tra mandatarium, vt libros emtos tradat, quos ea mente venditor procuratori meo tradidit, vt in illum, non in me dominium transferret. *arg. l. 1. §. 20. de acquir. vel amitt. posseſſ. l. 1. l. 6. C. ſi quis alteri vel ſibi ſub alt. nom. etc.* Omnis enim actus eſt aeſtimandus ex intentione agentium, adeoque vt procurator mandanti actionem acquirat, neceſſe eſt, vt *ex re domini* ſeu *in cauſa domini* et *in eius vtilitatem* ſtipuletur. (2) Quia procurator in negotio ſeu ex re domini cum altero *ſciente* egit, et eo tempore eius mentis fuit, vt mihi acquireret actionem, non attenditur *diſſenſus procuratoris*, nec quod mihi actiones ſuas cedere nolit, (id quod tantum inter *volentes* regulariter fit) ſi ex eius contractu agere velim *actione vtili*, quae mihi ſtatim ex aequitate acquiſita eſt. Quamuis enim PAPINIANVS in *l. 49. in fin. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* asſerat, domino euictionis actionem contra venditorem, *inuito procuratore*, non dari, ſed per actionem mandati ea cedere cogi debere, id tamen ſecundum iuris antiqui doctrinam eſt intelligendum de *directa*, quae absque *ceſſione* non transferebatur, non vero de *vtili*, quae absque *ceſſione* domino competit. *l. 18. C. de legat.* Hoc perſpicue indicat VLPIANVS in *l. 27. in f. de procurat.* et *licet*, ait, *procuratori*, qui euictionis nomine ſtipulatus eſt cum venditore, *commisſa ſit ſtipulatio*, *tamen domino danda erit vtilis ex ſtipulatu actio*, *directa penitus tollenda*, ſeu reiicienda, quam procurator *ſuo nomine* inſtituere, et ita dominum excludere intendit. Hoc enim ratio huius noui iuris aequisſimi poſtulabat, vt potius domino *vtilis*, quam procura-

procuratori *directa* ex contractu ab eo initio daretur. Testis est IDEM in *l.* 28. *D. eod. si procurator meus iudicatum solui satis acceperit, mihi ex stipulatu actio vtilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. Sed etsi egit procurator meus ex ea stipulatione, me inuito*, cum ego agere mallem, *nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur, quae res facit, vt procurator meus ex stipulatu agendo, exceptione debeat repelli.* Vnde recte infert HERTIVS *de obligat. mandant. et mandatar. intuitu tert.* §. 3. actionem vtilem domino *SINE CESSIONE* acquiri, qua *SVO NOMINE* vtebatur. *l. f. C. quand. priuat. vel fisc.* Atque hoc sensu quoque accipienda est *l.* 45. *pr. mand.* cuius verba supra §. *XII.* allata sunt; quamvis enim ibidem asseratur: *nam et ego tecum agere possum, vt praestes mihi aduersus venditorem emti actiones*; id tamen non impedit, quo minus *sine mandatis actionibus* aut *cessione solenni* agere possit dominus vtili actione per *cit. l. fin.* Cum itaque dominus, etiam inuito et reluctante procuratore, *vtili actione* agere possit *proprio nomine* ex contractu sui procuratoris, palam est, erroneam eorum sententiam esse, *vtiles* demum *actiones* datas fuisse post factam *cessionem in iure solennem*, quae tamen non nisi inter *volentes* peragi poterat. Si enim procurator agere et excludere dominum maluisset, cessionem denegare potuisset domino, id quod cum textibus adductis non conuenit.

§: XXII.

Actio vtilis nullam cessionem in iure desiderabat.

In hoc videlicet erat differentia, quod *actio directa*, *facta cessione inter praesentes in iure*, quae modus *alienandi* erat, olim translata fuerit, vnde etiam actiones per cessionem *transferri* in alterum dicuntur in *l. 31. §. 4. de contrah. emt. vend. l. 11. C. de fideic.* vt nihil apud cedentem hac cessione facta remaneret, sed *proprio nomine* cessionarius, vt *dominus*, ageret; *vtilis* vero ex mera aequitate *sine cessione solenni* transiret, si de *voluntate* alterius, in me transferre actionem volentis, quae etiam inter *absentes* declarari poterat, constabat, quod constitutum fuit, vt ambages *cessionum*, quae desiderabant *praesentiam personarum*, euitarentur, nec quis cogeretur *mandatis actionibus* nomine alterius agere. *l. f. C. quand. fisc. vel priuat. l. 1. §. 13. de tut. et rat. distrah.* Vnde in *l. 2. C. de contrar. tut. iudic.* relinquitur electio tutori, vtrum velit petere sibi mandari actiones, an *vtili* agere? Ex his aliisque plurimis textibus SEHIFORDEGHERVS *lib. III. tract. 23. qu. 2.* recte concludit, vtiles actiones *sine vlla cessione* competiisse, eosque grauiter errare, qui per cessionem tantum *vtiles* translatas esse contendunt, directis remanentibus penes eum, qui contraxit; cum tamen supra iam obseruauerim, dominum *vtili actione* agere posse etiam *inuito procuratore*; *imo cessio inuiti* concipi nequeat, atque *cessione* facta quaestio Domitiana sit, vtrum inuito procuratore agere possit, cum per hanc alienationem omne ius in alterum transierit, vt etiam censent FABER *lib. XI. coniect. c. 11. et lib. XII. c. 6.* DONELL *ad l. 18. C. de legat. vers. et generaliter.* Idem quoque docet

et inuito contrahente institui poterat.

docet ALPHONSVS, de OLEA *de cesſ. iur. et action. lib. VI. qu. 1. n. 12.* ſibi tamen non conſtat, asſerendo vtilem actionem, quam lex *ex aequitate* praeſtare ſolet, *ſine cesſione* competere: et ſtatim ſubiungendo: regulariter ſine *cesſione* vtilem actionem non quaeri, quae contradictione non vacant, cum altera propoſitio alteram deſtruat, ſimulque oſtendat, ALPHONSVM de OLEA vulgaribus Dd. ſententiis inutritum fuisſe, qui ex doctrina BARTOLI ſapere potius, quam veritatem ſequi maluerunt. Hic enim finxit, commentumque hoc induxit, actiones ex contractibus quaeſitas inhaerere osſibus vel lumbis contrahentis, adeo vt nequidem, *cesſione ſolenni* interveniente, transferri posſent in cesſionarium, quae ἀπεςσδιόνυσα ſunt, et naturae *cesſionis in iure factae* repugnant, quippe qua transferebatur res vel ius in alterum. Aliud erat dicendum, ſi ſine cesſione olim *mandabantur* actiones, h. e. *procuratorio nomine* tertius agebat, quia tunc *ſtricto iure* agnoſcebat, creditorem manſisſe *dominum l. 3. C. de nouat.*

§. XXIII.

Progredior ad contractus *extranei*, qui ex *mandato* non egit, et tamen in *vtilitatem tertii* contraxit, vbi rurſus ex *aequitate* vtilis datur actio ſine *cesſione*, quatenus contrahenti ex illo contractu *obligatio* quaeri potuit. Qua de cauſa (1) ſi creditor pignus vendit adiecto pacto, *vt, ſi ſoluerit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem ſuam*, actiones ſuas contra emtorem mandare tenetur, *ſed et ipſe debitor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actionem adverſus* Etiam ex contractu extranei in fauorem tertii inito vtilis datur.

emto-

emtorem agere, id quod de *vtili* intelligendum, quae *in factum* etiam vocatur, ſine *omni cesſione*, quod non diffitetur de OLEA *tract. de cesſione lib. 4. qu. 9. n. 12.* quia *in fauorem debitoris* hoc pactum adiecit. Nec ab hac ſententia contrarius eſt MARCIANVS in *l. 7. pr. D. diſtract. pign.* quamuis enim deſideret, vt creditor debitori mandet actiones; hoc tamen in adducta ſpecie vel ideo necesſe erat, quia creditor in *perſonam ſuam*, non *debitoris*, pactum conceperat, *vt liceret SIBI reddere pecuniam, et pignus recipere*, vt rurſus recte obſeruat OLEA *cit. l. n. 9.* et illuſtrat *l. 2. C. ſi cert. pet.* Similiter (2) ſi quis res alterius depoſuit vel commodauit, hoc pacto, vt domino reſtituantur; quamvis hic actionem *ſtricto iure* non habeat, vtilis tamen depoſiti vel commodati actio ei datur *propter aequitatis rationem*, vt dicitur in *l. pen. C. ad exhib.* Haec in eo conſiſtit, quod mihi *ius perfectum* acquirere voluerit, id quod ex conſtitutione D. PII ſufficit. (3) Idem quoque dicendum, ſi quis res ſuas depoſuit, adiecto pacto, vt, exiſtente certo euentu, tertio reſtitueretur, quo caſu huic reſtituenda, qui *vtilem actionem* depoſiti habet *arg. l. 26. princ. depoſ.* (4) Ex hoc principio elegans fluxit deciſio in *l. 37. §. 3. de leg. 3.* in caſu, ſi filio ſuo emancipato pater donauit *bona ſua vniuerſa* inter viuos; adiecto pacto, vt, cui pater vellet, quaedam res ex his poſt mortem reſtituerentur, quem poſtea in codicillis deſignauit. Patre mortuo, filius ei haeres non factus, *quaſi debitor ab his, quorum intereſt, conueniri poteſt, maxime poſt conſtitutionem* D. PII, *quae hoc induxit*, et ita ius antiquum correxit. Cum enim pater modo praeſcripto de bonis ſuis diſpoſuerat,

eius

eius intererat, bona sua ad eum peruenire, quem designauerat. Expressius hoc (5) illustrant DIOCLETIANVS et MAXIMINVS in *l. 3. C. d. donat. sub mod.* in casu, quo quis donationem confecerat, *vt post tempus id, quod donatum esset, alii restitueretur*, atque is, in quem liberalitatis compendium collatum, stipulatus non erat: *placiti fide non impleta*, olim tantum donanti vel haeredibus condictio dabatur. Sed cum postea *benigna iuris interpretatione diui principes* (designati in *l. 1. §. 13. de tut. et rat. distrab.*) *eum, qui stipulatus non sit, vtilem actionem iuxta donatoris VOLVNTATEM* (quae inspecta *aequitatis* ratione sufficiebat) *competere admiserint*, actio, quae donatori competebat, tertio accommodabitur. Nullius *cessionis* hic fit mentio, sed imperatores in *sola voluntate* acquiescunt, vtiles dando actiones, quae paciscenti acquisitae erant, quia *sub modo* donauerat. Abstrusior (6) est decisio in *l. 4. C. si cert. pet.* in casu, si quis absentis pecuniam *nomine eius* foenori dederat; vbi obseruandum, directo in mutuo absenti actionem acquiri *iure singulari*, vt supra ostendi ex *l. 9. §. 8. de reb. cred.* Quid ergo, si absens postea factum non approbet, nec, quod debitor inidoneus esset, ratihabeat? mandare actiones suas gestori debet, vt is *suo periculo* exigat a debitore nummos. Si non sunt mandatae actiones, *vtilis* gestori adversus debitorem actio eo nomine competit. Cum enim *absens* creditor fuerit factus, et, *nomine reprobato*, gestori ius cedere debuerit, id autem forsan factum non sit, *vtilis* gestori danda erat actio, quod domini *voluntas* non repugnare credatur, eo ipso, quod nomen hoc ad suum periculum spectare nolit. Denique

G (7) si

(7) si nomen adversus Titium pignori dedi Caio, hic *vtili actione* nomen exigere potest, quia euentualiter ei hoc ius acquirere volui, quod ipse habui. *l. 13. §. 2. de pign. et hyp. l. 18. pr. de pignor. act.* Infinitis aliis ex locis haec doctrina illustrari posset, nisi filum abrumpere desideraret euidentia rei, quam sufficienter, vt puto, illustraui.

§. XXIV.

Conclusiones ex dictis formata.

Inde vero colligo: I) Iure nouo ex contractu tertio ius perfectum acquiri posse, si in fauorem tertii hic est initus, et contrahens sibi inde actionem acquirere potuit, nec huius *cessionem* esse necessariam. II) Si contrahentis, prorsus nihil interest, tertio dari, nec contrahentem sibi ius agendi acquisiuisse, nec consequenter etiam tertio, quia *vtilis* demum tunc data fuit, si paciscens ius agendi, quod cedere poterat, acquisiuit. III) Inde vero regulam, *pacisci nemo alteri potest*, inuertendam, et dicendum: *efficaciter iure nouo quis tertio stipulari potest*, excepto vnico casu, rarius contingente, si stipulator *ob deficiens interesse* ius agendi *sibi* acquirere non potuit, vnde tamen non *regula*, sed *exceptio* formanda; exceptio enim haec tantum vsum habebat, si quis aliquem ad *donandum* tertio inducere volebat, et in eius personam donationem concipiebat. IV) Reuera IVSTINIANVM in *l. 2. C. per quas pers. nob. acquir.* nihil noui adeo induxisse, constituendo, procuratorem, qui alterius nomine pecuniam numeraverat sub hypotheca, hypothecariam actionem domino *ipso iure et sine aliqua cessione* acquiri, aeque vt *actionem personalem ex mutuo*, nisi quod

quod *vtilis* hoc casu non sit necessaria, sed *directa* aeque vt in *mutuo* domino detur, cum tamen inter vtramque nulla sit differentia. *l. 47. D. de negot. gest.*

CAPVT II.
DE
IVRE HODIERNO, QVO IN HOC ARGVMENTO PER GERMANIAM VTIMVR.

§.

In quibus articulis iuris hodie diuersa a *iure Romano* vtimur praxi, illam communiter vel ex *iure canonico*, quod in plurimis a iure ciuili recessit, vel ex *domesticis iuribus*, siue *vniuersalibus* siue *particularibus*, deriuare et petere solent interpretes. Neque enim nobis cum illis res est, qui vnice provocant ad *praxin contrariam*, huius autem nullam aliam rationem, quam ex *opinionibus fluctuantibus Dd.* dare possunt. Illi enim aliquid asserunt, sed sui asserti rationem nullam adferre possunt, cum tamen absque sufficiente fundamento nihil nobis obtrudi possit. Nec eos audiendos esse crediderim, qui in praesenti argumento ius Romanum non esse receptum, clamitant, tum quod id aliunde docere debeant, tum quod eo ipso ad aliud et diuersum ius, quod obtinet, prouocent, hoc vero non ex opinionibus Dd. ad mores prouocantium, sed ex principiis diuersi iuris, quod hodie praeter ius Romanum obtinet, quaerendum. Quid iure Romano recentiori ex veteri iure remissum sit, iam explicatum est, atque id sine dubio etiam in nostris foris vsum habet, si vel maxime soli

Fundamenta hodiernae praxeos a iure ciuili deviantis.

G 2 iuri

iuri Romano insistamus. Ergo status controuersiae in hoc vnice consistit: Vtrum hodie *indistincte* ex contractu tertio ius perfectum acquiratur, siue contrahentis intersit, siue *interesse speciale* nullum habeat, sed alteri ex suo negotio prodesse voluerit?

§. II.

Fluctus interpretum iuris canonici

Interpretes *iuris canonici* in hac quaestione rursus in diuersam abeunt sententiam, vt vix certum fundamentum ex hoc iure petere liceat. Qui castra affirmantium sequuntur, et *aequitatem canonicam* in praxi praeferendam censent, prouocant ad *c. 17. de praeb. in 6.* vbi Pontifex ita: *Si tibi absenti per tuum Episcopum conferatur beneficium, licet per collationem huiusmodi (donec eam ratam habueris) ius in ipso beneficio, vt tuum dici valeat, non acquiras: ipse tamen Episcopus vel quicunque alius de ipso beneficio (nisi consentire recuses) in personam alterius ordinare nequibit.* Collatio beneficii est *donationis species*, adeoque si contingat, vt *absenti* beneficium conferatur, id potest fieri vel citra pactum cum alio initum, veluti si Episcopus *literas collationis*, nemine vrgente, absenti transmittat: vel ad *petitionem absentis amici*, qui huic prospicere voluit, et cui promittit, se tertio collaturum beneficium vacans, eamque promissionem ille acceptat. Vterque casus in adducto textu subintelligi, et inde inferri potest, ex hoc pacto cum Episcopo *de conferendo* inito, tertio ius irreuocabile acquiri, si hic promissum acceptare paratus sit. Atque inde in genere concludit ALPHONSVS DE OLEA *de cession. tit. IV. qu. 9. n. 34.* valere pactum *in fauorem tertii* initum, si vel maxime paciscentis non intersit, tertio dari,

quidam affirmant ex c. 17. de praeb. in 6.

dari modo ſtipulator verba in ſuam perſonam direxerit, dicendo: *promittiſne MIHI Te Titio centum daturum?* non vero ſi *ſimpliciter* ſtipulatus fuerit. Interim tamen ceſſionem tertio adhuc faciendam eſſe etiam ex *iure canonico*, conſtituit, niſi promiſſio iuramento roborata fuerit ob vim iuramento ex hoc iure inditam, vt IDEM *cit. l. n.* 33. *et* 34. docet. In alia omnia iuit SANCHEZ. *de matrim. lib.* 1. *diſp.* 7. *n.* 21. *ſqq.* etiam hoc iure alteri per alterum inutiliter ſtipulari, docens ob *c.* 2. *de vſur. in* 6. In hoc textu GREGORIVS X. vſurariis manifeſtis denegandam iubet ſepulturam eccleſiaſticam, donec debitoribus, *ſi praeſto fuerint*, *aut aliis*, *qui eis poſſunt acquirere*, *aut eis abſentibus loci ordinario*, *vel eius vices gerenti*, *ſiue rectori paroeciae*, *in qua teſtator habitat*, *coram aliquibus fide dignis de ipſa paroecia aut ſeruo publico de ipſius ordinarii mandato idonee de reſtitutione facienda ſit cautum.* Additur vero notabilis clauſula: *quod his cautionem huiusmodi autoritate praeſentis conſtitutionis liceat recipere*, *ita quod illis* (debitoribus) *perinde actio acquiratur.* Ius *ſingulare* hic conſtitui videtur in caſu adducto, ob ſalutem aeternam defuncti, quae ob vſuras acceptas alias periclitari videtur, ad quod auertendum praeiudicium Pontifex a communi iure abit, et ex hac cautione, per alios acceptata, debitoribus actionem acquiri conſtituit. Sicuti vero *ius ſingulare* regulam non conſtituit; ita extra hunc caſum diuerſum ius *de iure canonico* videtur obtinere, quod indigitare voluiſſe videtur, notabili hac clauſula: *autoritate praeſentis conſtitutionis.* Atque qui hoc modo rationes ſubducunt, priorem textum facile reſtringere poſſunt ad ius ſingula-

quidam negant ob c. 2. de vſur. in 6. r.

gulare, in *collatione beneficii* obtinens, a qua generalis regula ad donationem quamcunque abſenti faciendam, licet a paciſcente acceptatam nomine eius, ſtrui nequit. Neque enim *officia ſacra*, et *ſpirituales cauſae* in omnibus cum cauſis profanis conferri poſſunt.

§. III.

Epicriſis ſuper hac diverſitate opinionum.

Quamuis vero ius diuerſum ex his textibus haud erui et deriuari queat, ad minimum tamen liquet, Pontifices admodum inclinaſſe et propendiſſe ad *aequitatem*, et admiſiſſe, vt in adlatis cauſis *ius perfectum* tertio ex alterius pacto acquiri queat, licet huius non interſit, ita vt promiſſori integrum non ſit, promiſſum reuocare, antequam a tertio promiſſum nondum acceptatum fuerit. Quamuis vero (1) Pontifex hoc aequitatis principium in *beneficiis* ſecutus fuerit, ex nullo tamen indicio apparet, eum hoc ad *collationem beneficiorum* reſtringere, et in hac *ius ſingulare* conſtituere voluiſſe, ſed quia de ea interrogatus fuerat, non iuxta *apices iuris Romani*, ſed iuxta *aequitatis naturalis tramitem*, quam *ius canonicum* praefert, deciſionem formandam eſſe cenſuit, certo indicio, hodie hoc lumine, hoc duce vnice in *fidei implemento* incedendum, quae ſanctiſſima merito eſſe debet. Cum enim recta ratio doceat, alterius commodis inſeruiendum, et fidem, in tertii fauorem datam, ſeruandam eſſe, palam eſt, eum, qui in fauorem tertii promiſſum accepit, ei hac acceptatione ius acquirere voluiſſe, quod is, vbi ratum habuit, exigere poteſt. Inanis vero eſt SANCHEZII *cit. l.* obiectio, collationem beneficii non eſſe *donationem*, ſed executionem eius,

eius, quod Epiſcopus facere tenebatur. Etenim *abſenti* beneficium conferre haud obſtrictus fuit, ergo reſpectu eius omnino eſt *donatio*, quamuis *in genere* ad id conferendum obſtrictus ſit. Nec (2) alter textus huic ſententiae refragatur, in quo Pontifex vnice id agere videtur, vt abſtrahat a quaeſtione vulgata: *an et quatenus ex contractu noſtro alteri valide ius perfectum acquirere valeamus?* et pro omni dubio remouendo declarat, (α) ad minimum *auctoritate praeſentis conſtitutionis* tertio ius agendi acquiri: (β) nullam ſupereſſe dubitandi rationem, poſtquam praeterea *perſonis publicis*, vt Notario publico de mandato ordinarii vel ſacerdoti parochiali in fauorem abſentis debitoris de vſuris reſtituendis cauendum, quae praecautiones adhibendae fuerunt, vt eo minus ſcrupulus a leguleiis ex *iure Romano* moueri, et cautio ipſa ex vulgata regula, *quod nemo alteri paciſci liceat*, a debitore impugnari queat. Erronea igitur rurſus eſt concluſio, quam SANCHEZ. *cit. l. n. 21. ex c. 2. de vſur. in. 6.* trahit, quod Pontifex ipſe diſpoſuerit, *neminem poſſe alteri acquirere de iure canonico*, niſi *perſona publica* fuerit; cum tamen verba capituli id minime euincant, ſed potius hanc theſin in medio relinquant, et duntaxat cautionis gratia *perſonae publicae* interuentum requirant.

§. IV.

Ita quidem probabiliter ex *iuris canonici* dogmate, pro vſu hodierno firmando, rationes ſubduci poſſent, quae tamen ita non ſunt comparatae, vt iis tuto fidere et inſiſtere queamus. Nec etiam diſtinctio, **Diſpoſitio iuris canonici non penitus indubia eſt.**

quam

quam ALPHONSVS DE OLEA *cit. loc.* ſuam fecit, rem conficit, cum in effectu parum referat, vtrum formula pacti ita concepta fuerit: *promitto TIBI, me Titio daturum*; an vero ita: *promitto, me Titio daturum*, quod contrahens qui in commodum tertii pactum iniit, et promiſſum acceptauit, vtroque caſu id intenderit, vt *abſenti tertio* ius acquirere voluerit, quod in vtroque textu, ſuperhabita hac diſtinctione, corroboratum admiſſumque eſt. Certius et euidentius fundamentum huius cauſae, quam nunc ingredior, ex *ſanctitate datae fidei*, quam Germani prae ceteris populis egregio coluerunt, et *ſimplicitate iuris naturae*, quae Germanis in *pactis* et *promiſſis* vnicae curae cordique fuit, et adhuc hodie ſequatur, peti et deriuari poteſt, quippe quibus tum ſcrupuloſa iuris Romani doctrina, *quod nemo alteri ſtipulari queat*; tum *ceſſionum ambages* et differentiae actionum *directarum*, *vtilium*, imo et *mandatarum* in hoc argumento prorſus incognitae fuerunt. De ipſa ſanctitate datae fidei *Germanorum* alibi ediſſeruit Dn. PRAESES *diſſ. de ſucceſ. coniug. ex pact. dotal. c. 1. §. 6. et ſqq.* quam etiam ore vno agnoſcunt interpretes *ad tit. de pact.* docentque, pactis quibuscunque certis et determinatis vim et efficaciam ineſſe ex *iuris Germanici* principiis. Haec ſub generali regula adducuntur in *iur. prouinc. Saxon. lib. 2. art. 7.* Wer etwas borget oder gelobet, der ſoll es gelten, und was er thut, das ſoll er ſtett halten, nec diſtinguitur, vtrum quis *ſibi* an *alii* ſtipulatus fuerit? ſufficit *fides data*, quam adeo ſanctam habuerunt, vt eam non ſeruantem nota infamiae aſpergerent. Hoc egregie obſeruauit MEVIVS

quod ſanctitatem fidei data admodum coluit.

in

in comment. Von wucherlichen Contracten *p. 1. C. 3. §. 2. sqq.* aiens: Glauben nicht zu halten, ist bey den Teutschen die grösseste Schand, und mehr gewesen, also daß die daran gemißhandelt, infames geworden, keiner Ehren und commercii gewürdiget, ja man schreibet, daß man mit demselben nicht aus ein Geschirr trincken wollen, quod fuit inter illos infamiae species, nachdem sie dem Trunck ergeben, und des Zutrinckens als Anzeige sonderbahre Ehre und Freundschaft gewesen, id quod adhuc hodie in caussis *obstagiorum* in Holsatia vsitatorum, planum atque perspicuum est. Vnde recte concludit IDEM *p. 4. decis. 112. n. 4. et 5.* per *consuetudinem vulgarem*, qua non potest non *ius Germanicum* antiquum designare, *hodie istam regulam de non quaerenda alteri obligatione non amplius obseruari.* Idem fatetur COTHMANN. *vol. II. resp. 54. n. 88. sq.* vbi hoc ipsum *moribus et consuetudine* esse receptum, ait, quod de *iuris Germanici principiis*, quae hoc nomine communiter designantur, accipiendum. In propatulo enim est, ea, quae *communi Germaniae consuetudini*, quae *moribus*, quibus Germani potissimum olim vixerunt, attribuuntur, ex communi quodam principio Germanis proprio deriuanda esse. Agnoscit idem dogma BRVNNEMANN. *ad l. 25. D. de pact. in fin.* additque hanc iuris naturae rationem: *et sane hominis interest, vt homo alter beneficio a se afficiatur. Vtinam omnibus prodesse possim optimorum votum est.* Pariter B. THOMASIVS in *not. ad §. 4. Inst. de inutil. stipul.* in eandam transit sententiam, *et moribus Germaniae* regulam iuris Romani praedictam tanquam nimis subtilem

ICtorum confessione in hoc argumento roboratam.

haud obseruari solere asserit. Nec ab ea alienus est B. DE BERGER *in oecon. iur. lib. III. tit. 3. §. 3.* fatendo, se obseruasse, in foro respici *ad simplicitatem iuris gentium* (cui in materia de pactis Germani vnice addicti fuere) *nec solum stipulanti, sed etiam tertio actionem dari*, quamuis in collegiis electoralibus Saxonicis regulae iuris ciuilis stari soleat, quod praeiudiciis antiquis tribuendum. Planius hanc causam agit atque tuetur B. STRYKIVS *in V. M. ad tit. de pact. §. 12.* atque eam hac ratione instruit: *nihil obstat, quo minus ex ratione iuris gentium alteri per alterum obligatio acquiri possit, modo tertii ratihabitio postmodum accesserit. Gerit enim ita stipulator negotium alterius, et hinc aequitas ipsa postulat, vt vtilitas gestionis, quorsum et ius petendi pertinet, in alterum transeat; nam et hoc casu promissi fidem violasse nefas est.* Omnes hi in eo conspirant, hodie non *apices iuris Romani*, sed simplicitatem *iuris naturae*, a Germanis vnice agnitam et assumtam, spectari, quibus etiam LEYSERVS *in medit. ad Pand. specim* 519. *sub n. 4. et* 5. accedit, et, *interest naturaliter*, ait, *acceptantis, vt alter, cuius nomine acceptauit, per ipsum beneficium adficiatur, id quod iam olim* PAPINIANVS *in l. 7. de serv. erport. agnouit. Vt specialius ipsius intersit, lex naturae non desiderat. Sufficit enim qualecunque interesse Itaque quod ei promissum est, quodque seruare eius interest, contra ipsius voluntatem reuocari non potest.* Prouocat etiam ad diuersitatem iuris Romani et Germanici SCHILTER *exerc. VIII. §. 27.* atque *§. 28. in f.* addit, *vim iuri fideique Germanicae a Dd. iuris ciuilis nimis superstitiosis illatam*

tam esse. Inter hos primum locum tenet B. HARPRECHT *consil. 30. n. 344. sqq.* atque ex vulgaribus axiomatibus *ius ciuile* stricte retinendum esse censet, quod contrariae consuetudines particulares sint, nec *de loco ad locum* extendi debeant, *vniuersalis consuetudo* contraria vero probationem desideret, a nemine hactenus asserta aut asserenda. Nec aliter rationes subducere potuit ICtus magni nominis, praeiudicio hoc deceptus: ius Romanum *in genere*, et ita etiam in *hoc argumento* pro *regula vniuersali* esse receptum, et in Germania valuisse: passim quidem in quibusdam locis per contrariam *consuetudinem* huic rursus derogatum; hanc vero tantum *particularem* esse, nec *vniuersalem* doceri posse: omnia *iura*, quae secessum a iure Romano faciunt, esse *particularia*, statuta, leges prouinciales: *vniuersales* alias deficere etc. Sunt vero huius farinae asserta nil nisi *petitiones principii.* Nego, ius Romanum in materia de pactis pro regula *vnica* et *vniuersali* receptum esse, cuius probatio ante omnia desideratur. Nego, hoc postea hinc inde abrogatum fuisse per consuetudines particulares. Nego, praeter ius ciuile ius aliud *domesticum* circa promissa in Germania obtinuisse. Nego, *consuetudinem* seu *ius vniuersale* per Germaniam diuersum doceri non posse, cum iam ostenderim, id, quod *consuetudinem particularem* vocat, iuri Germanico tribuendum esse, cuius vis et efficacia per *extranei iuris* principia diuersa debilitari atque extingui non potuit, quod ipse HARPRECHTVS agnoscere cogitur, asserendo, hodie ex pactis quibuscunque certis atque definitis dari actionem, prout LAVTERBACH. *ad tit.*

Praeiudiciis communibus respondetur.

 de

de pact. §. *68.* docet, cuius vestigia presso pede sequitur *vol. nou. consil.* 7. *n.* 72. *sqq. et cons.* 36. *n.* 41. *seq.* Id vero praesupponit *diuersum ius generale*, quod et ante iuris Romani vsum obtinuit, nec per hunc eliminari potuit, id quod est ipsum ius Germaniae antiquum. Dicendum itaque est, huic in materia de pactis tamdiu standum, donec iuris Romani peregrini et rationibus rei Germanicae repugnantis receptio doceatur. Haec si perpendisset HARPRECHTVS in *tr. de fideic. conuent.* §. *16. sqq. et* §. *60 sqq.* in tot tricas et difficultates circa hoc argumentum non incidisset.

§. V.

Vsum huius doctrinae in feudalibus.

Huius doctrinae vsus sese potissimum diffundit in *materias feudales*, in quibus iuris Germanici vigor vbique sese exserit, quod vel vnico illustrandum exemplo. Notum est, feudum *nouum* esse, quod vasallus primum acquisiuit, quodque in eius descendentes tantum, non collaterales, transit. Quid vero, si vasallus *ex mera gratia* domini feudum acquirat, et per eandem domini gratiam impetret, vt cum eo sub *qualitate antiqui feudi* inuestiatur? Ex hoc pacto cum domino inito ius succedendi etiam agnatis acquirit, quorum specialis conuentio nequidem desideratur. STRVV. *in synt. iur. feud.* C. III. *aph.* 3 HORN. *in iurispr. feud.* C. 3. §. 10. Hoc casu *ex mera liberalitate* domini vasallus feudum acquisiuit, quod suppono atque speciatim desidero: beneficio huic quoque tribuendum, quod ius succedendi eius agnatis tributum. Eius tamen non adeo *specialiter* interfuit, vt agnati succederent, quibus nihilominus prospicere et *voluit* et *potuit*. Id quod si ad principia iuris Romani reuocandum, agnatis nullum ius succedendi tribuendum est, quod paciscen-

ciſcentis haud *ſpecialiter* interfuerit, vt agnati ſuccederent. Quin etiam ex eadem gratia permisſum erit, *extraneo* ius ſuccedendi acquirere, ſi vel maxime nequidem ſimultanee inveſtitus fuerit, exceptis illis prouinciis, in quibus agnati vel *extranei* non aliter, quam per *ſimultaneam inueſtituram* ſuccedere queunt. Pariter in pactis dotalibus hodie coniug[illegible] proſpicere ſolent ſuis conſanguineis, alias forſan a ſucces ſione per ſtatutum excluſis. In Saxonia maritus *heres eſt mobiliaris*; integrum tamen ei eſt, eidem renunciare, ad hunc effectum, vt mobilia in defectu liberorum conſanguineis vxoris, vel proximioribus vel remotioribus vel omnibus vel quibusdam, obveniant, quamuis vxoris *ſpecialiter* non interſit, vt, marito excluſo, *conſanguinei* cedant. Quocirca, vxore ſine liberis decedente, mobilia non marito, ſed ex pacto vxoris conſanguineis *deſignatis* cedunt. Neque etiam haec ſpecies cum caſu *l. 3. C. de donat. ſub mod.* comparari poteſt. In hoc enim donans *rebus a ſe alteri donatis* hanc legem ſcribit, vt tertio poſt certum tempus reſtituatur; ſed in ſpecie adducta vxor marito nihil donat, ſed ius, quod in *mobilia* per *leges prouinciales* habebat, aufert, et in conſanguineos transfert, quod ex iuris Romani principiis demonſtrari nequit. Quis ergo negaret, hodie per *pactum* tertio *ius perfectum* tribui poſſe, etiamſi eius *ſpecialiter* non interſit? Id quod pluribus aliis exemplis illuſtrari poſſet, niſi finem diſſertationi imponere cogerent ſtudiorum meorum rationes praeſentes.

F I N I S.

NOBILISSIMO
DOMINO RESPONDENTI
S. P. D.
PRAESES.

Stipulationem alteri factam vires nullas de iure ciuili habuisse, nisi quatenus stipulatoris interesset, alteri rem promissam praestari, omnes quidem fatentur, et TV *quoque recte in praesenti dissertatione et copiose satis ostendisti, atque fata huius doctrinae distincte exposuisti; non tamen obiectionem remouisse videris: exceptionem regulam in effectu*

fectu tollere, *et stipulatoris* semper *interesse*, *vt promissum tertio praestetur*, *adeoque* semper *stipulationem validam esse. Nam etiam in stipulatione*, *vt alteri detur*, stipulatoris *interest*, *promissum impleri*, *quod liberalitatem hoc modo* per indirectum *et* mediate *in tertium exercere voluerit. Aperte id confirmat* PAPINIANVS *in* l. 7. in f. D. de seru. export. *aitque*: beneficio adfici hominem, interest hominis. *Fundamenta huius sententiae* TV *ipsemet in huius dissertationis introitu solide deduxisti*, *quibus addere potuisses*, PAPINIANVM *Stoicorum principia imbibisse*, *et ita quoque fundamenti loco collocasse*, naturam inter omnes homines cognationem quandam constituisse, *adeoque singulorum interesse*, *beneficio adfici hominem ex promisso. Sed facile tecum reputabis*, *regulam de* non acquirenda alteri obligatione *non in* stoicorum scholis, *sed in palaestra forensi* antiquorum interpretum iuris, *qui post XII. tabulas in foro dominatum tenuerunt*, *et sub statu* tristioris *et* tenebricosae iurisprudentiae *vixerunt*, *natam fuisse*, *hosque id*, *quod interest*, *vnice ex*

causa

causa bonorum, *non ex* sanctisfimo humanitatis vinculo, *quo homines inter se conglutinati sunt*, *aestimasse.* TV *rectiora secutus* aequitatis naturalis *atque* iuris domestici *argumenta coadunasti*, *et harmoniam inter ea optimam ob oculum posuisti*, *vt rationem praxeos praesentis eo certius reddere posses. Ita vero rem* TVAM *bene egisti*, *et hoc specimine publico monstratum iuisti*, TE *meditando*, *legendo*, *et sedule attendendo ex voto tempus in hac academia posuisse*, *et ita* TIBI *aditum parauisse*, *vt aliquando*, *vbi a nobis discesseris*, *eo dignius in certaminibus*, *candidatis subeundis*, *stare possis. Applaudo ex merito* TVIS *conatibus*, TIBI*que fausta quaecunque ex animo apprecor. Dab. in Fridericiana d. XXVIII. Iun. MDCCXXXV.*